الإمام محمد أبو زهرة

الولاية على النفس

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

الامام محمد ابوزهرة



الولاية على النفس

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــــــدمة المؤلف

نحمدك الله على ما انعمت واوليت ، ونصلى ونسلم على النبى الأمى المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

اما بعد فقد راى « معهد الدراسات العربية العالية » التابع لجامعة الدول العربية ان يجعل من موضوعات دراسات طلبـــة قسم الدراســـات القانونية فى الشريعة موضوع الولاية على النفس ، وقد عهد الى أن اتولى تدريســـه .

وهو موضوع له خطر وشأن فى المجتمعات العربية ، ذلك أنه يتعلق برعاية النشء منذ نعومة اظفارهم ، اذ يوجههم بالتهذيب ، والتأليف القلبى مع الجماعة ـــ لخيرها والابتعاد عما يقوض بنيانها فى اى ناحية من نواحيه.

وقد اعتزمت بعون الله تعالى أن اكتب فى الابواب الآتية :

١ ـــ تمهيد ، يكون فيه بيان عناية الاســـلام بالطفولة ، ومن يكونون فى مثل عجزها ، وبيان مقام الشريعة الاسلامية فى حماية الضعفاء ، وآثار اعمال الآباء والدولة للصغار على المجتمع . ومناقشة آراء من يزعمون أن كثرة الطـــلاق وتعدد الزوجات هما سبب التشرد وانحراف الاحداث .

٢ ـــ اسباب الولاية على النفس من صغر وجنون وانوثة ، وحدود كل منهـــا .

٣ ـــ زمن الولاية على النفس ، ومداها ، والواجبات فيها ، وانتهاؤها فى كل من الحالات الثلاث بالبلوغ أو الانافة او بالزواج والرشد ، واختلاف

اقوال الائمة الفقهاء فى ترتيب الأولياء على النفس . وبيان ما نصت عليه القوانين فى كل من لبنان وسوريا والاردن والعراق والجمهورية العربية المتحدة وتونس ، والبلاد التى ليس بها تقنين فى ذلك .

٤ ـ الأوليـاء وشروطهم ، وبقـاؤهم وعزلهم .

٥ ـ مدى ولاية التزويج .

وقد راعيت فى هذه الدراسة ان تكون دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية ، والقوانين المعمول بها فى مختلف البلاد العربية .

والله سبحانه وتعالى يتولانا بعنايته ، ولولا فضل الله تعالى علينا ما استطعنا أن نقوم بعمل ، انه الهادى ونعم المولى ، ونعم النصير .

محمد ابو زهرة

تمهيـــــــــــد

مقام الشريعة فى حماية الضعفاء والنشء :

قال الله سبحانه وتعالى : « يريد الله ان يخفف عنكم ، وخلق الانسان ضعيفا » وان هذا النص الكريم يشير الى حقيقتين ثابتتين :

الحقيقة الأولى : ان الأحكام الشرعية لتخفيف مشاق هذه الحياة التى نحياها ، الا تنحدر الى هاوية من الرذائل ، ولا الى التقاطع والتنابذ، وعدم التآلف والتراحم ، بفطم النفوس عن شهواتها ، وتربيتها على الخير ، والمحبة والتواد ، فان الحياة لا تكون خفيفة غير شاقة الا فى هذا الاطار الذى تجتمع القلوب فيه ولا تتشعب بها الأهواء فتتنافر وتبعد عنه .

الحقيقة الثانية : ان الانسان ينشأ فى هذا الوجود ضعيفا ، لا يقوى على الانفراد بمواجهته الا بعد زمن ليس بالقصير ، واذا كانت رعاية الحيوان لأفراخه قصـــيرة ، فرعاية الانسان لأولاده طويلة ، تمتد الى خمسة عشر عاما ، بينما الحيـــوان لا تمتد رعايته لأفراخه لأكثر من بضـــعة أســـابيع أو اشهر على الاكثــر .

وما احكم قوله سبحانه فى الدلالة على هذه الحقيقة : « وخلق الانسان ضــــعيفا » .

ولهذا الضعف الذى صاحب ابن الانسان من ولادته ــ نظمت عليــه ولاية حتى يستوى شابا قويا ، يعتمد على نفســه ، ونظم الاسلام رعايــة ذلك الضعف ، حتى يقوى المولود ، ويزول ضعفه ، ويستقل بنفسه ، وان ذلك يختلف باختلاف الأزمان ، فانه كلما تعقدت أساليب الحيــــاة ، كان الضعف لا يزول الا بكثرة الدربة على الحياة ، وذلك يختلف باختــــلاف جنس الانسان من ذكورة وانوثة ، فان الذكورة تبلغ درجة القوة والاستغناء قبل بلوغ المراة هذا السن ، بل انها لا تستغنى من ظل الرجل فى حياتها،

فتكون فى ظل الزوج فى حال الزواج ، وتكون فى الولاية عند انفـــرادها عن الزواج ، وذلك فى حكم الاسلام ، وهو حكم المجتمع الفاضل الذى لا يصح ان يعيش فى غير الفضيلة العالية .

وقد وجدت على الانسان منذ ولادته ثلاث ولايات :

اولاها ــ ولاية التربية الأولى : وهى التى تقوم على شئونه منـــذ نزل من بطن امه ، وهى الحضانة . وان الأم هى التى تحضنه فانها هى التى ضمته بين جوانحها وهو جنين ، وغذته فى ذلك الابان بدمها ومن جسمها ، ولما نزل فى حجرها غذته بلبنها وهو فى المهد صبى فهى امتداد لأصل خلقه وتكوينه ، تغذيه وتحبو به فى مدارج الحياة ، وتفيض عليه بحنانها وعطفها لتربى فيه نزوع العواطف الانسانية العالية .

وان هذا الدور من الحياة يكون فى رعاية امه او امراة تغنى غناءها، وان لم يكن كاملا مثل كمالها . ولهذا كانت الحضانة للنساء ، لأن الأمومة فى فطرتهن ، والطفل يحتاج فى صدر حياته الى امومة مستمرة حانية ، وهى التى تجعله غلاما من بعد ذلك يألف الناس ويألفونه ، ولا ينظر الى المجتمع نظرة من يشنؤه ويعـــاديه .

والولاية الثانية ــ هى الولاية على المال اذا كان له مال ، وهى مختصة بادارة ماله تزكيه وتنميه وتحفظه وتصونه ، حتى يبلغ رشده ويبلغ اشده ، كما قال تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنســتم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ، ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا ، ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف ، فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم ، وكفى بالله حسيبا » .

وثالثها ــ الولاية على النفس : وتثبت على المولود الضعيف ولاية على النفس وهى فى مقابل الولاية على المال ، واذا كان المولود حين يولد يحتاج الى من يقوم على غذائه وفراشه ولباسه ، يغذيه ، وينميه ، ويلبســـه ، فانه يحتاج الى من يحميه ، ومن يحس معه (وعينه تتفتح للدنيا) ان فيها القوى الذى يكلؤه ويرعاه . واذا كانت أمه تمده بعنايتها داخل المنزل ، فأبوه يمده بحمايته وعطفه ورعايته داخل المنزل وخارجه .

الحضـــانة ومشـــاركتها للولاية على النفس :

ان الأبوين وهما يظلان الأسرة بجناحين احدهما من الام يغـــذى

وينمى ، والآخر من الاب يحمى ، ويدرب على الحياة المستقلة ، فانه تلتقى حضانتان قويتان حضانة الأم ، وحضانة الأب بالولاية على النفس ، فاذا انفصل الزوجان أو مات أحدهما — أو كان أحدهما غير صالح للعمل الذى يجب عليه ، فان الحضانة تنفصل فتكون للأم ، او لغيرها من النساء ، وتكون الولاية على النفس للاب أو لغيره من ذوى قرابته ، ويكون توزيع الاختصاص بحكم الفقه ، لا بحكم الإتفاق بين الأبوين فقط ، اذ هما يعملان بحكم الشرع على مصلحة ذلك الوافد الجديد على هذا العالم المضطرب ، وعند التوزيع يكون على الحاضنة الرعاية والقيام على شئونه الحيوية من مأكل وملبس وايواء ،وعلى الولى على النفس العناية بالتهذيب والاصلاح والحماية والانفاق، فيمكن الحاضنة مما تحتاج اليه من مال .

وأن الحضانة تستمر مشاركة الولاية على النفس ، حتى تنتهى مدتها. وقد اختلف الفقهاء فى مدة انتهائها ، واذا انتهت صارت الرعاية الكاملة على النفس ، وصار الولى على النفس هو المهيمن وحده ، وهو يتولى اصلاحه وتربيته ، وحمايته ، وتكوينه على الفضيلة الاجتماعية العالية .

جناح الاحداث :

وان الولاية على النفس هى التى تصلح بها الناشئة ، وهى التى تجعل المجتمع قائما على التآلف . ويقل فيه الشذوذ فلا يكون منحرفون ، ولا أحداث، ولا يكون الأذلاء الذين يتخذون التسول مهنة يرتزقون منها .

وقد ثبت أن **الانحراف الى الجريمة ينبعث ابتداء من احد امرين** :

اولهما — من القدوة السيئة التى تكون فى الولى على النفس من أخلاق فاسدة ، وانحرافات اجتماعية ، وتعود للآفات المفسدة للنفس والعقل ، التى تجعل من الرجل انسانا شاذا لا يؤدى للمجتمع عملا صالحا ، بل يقوم باعمال الافساد فيه ، وبذلك ينشأ الغلمان على ما نشأهم اولئك الأولياء الفاسدون المفسدون .

ثانيهما — الاهمال المطلق للغلام فلا يراعى ولا يلتفت اليه ، اما لأن الولى انفصل عن أمه ، أو كانت الشحناء بينه وبين من كانت فى الأصل حاضنته ، فيضيع الولد بين الاثنين . واما لأنه فقد اباه وجسده، ولم يجد من الدولة عناية بتلك الذرية الضعاف من امثاله ، وانها تتركهم لتصرفات الزمان، ان وجدوا صالحا صلحوا وان لم يجدوه ضاعوا وفسدوا، وكانوا مصدر شر للجماعة .

الاحكام والجـزاءات واثرها :

فى كثير من الأحيان تكون الجزاءات التى تتخذ لعقاب الذين يقعـون فى أمر مخالف سببلا لضياع الأولاد واتجاههم الى الشر ، وذلك بالأحكـام المقيدة للحرية التى قد تمتد ازمانا طويلة لجريمة فرطت من الولى . فانه فى المدة التى يقضيها وليه النفسى فى الحبس يكون هملا ضـائعا ، لا موجـه يوجهه ، ويزدريه الناس لما ينال أباه ، ولعدم وجود من يرعاه ، أو يكون موضع أذى الغلمان من سنه ،بل يكون فريسة الشر فى المجتمع ، فالشـر ينصب عليه انصبابا ، وهو ضعيف لم يستقم عوده ويستغلظ من بعد .

وبذلك يخرج الى الحياة ، وهو يحس بأنه منبوذ منذ نعومة أظافره ، فلا تربطه بالجماعة التى يعيش فيها مودة ، لأنها ظلمته وضيعته ، ولم يجد فيها عاطفا يعطف عليه ، ولا رحيما يرحمه ، ولا كالئا يحميه .

وان اهمال النشء ، وعدم وجود الولى على النفس الصالح ، أو عدم وجود الرقابة على الفاسد ، ونزع الصغير من يده ـــ قد ادى الى التشـرد وكثرة الأحداث الذين يخربون فى الجماعة ، وهم بعد صغار ، ويشـبون على الفساد ، بعد أن يصيروا كبارا ، ثم يكون منهم الشذاذ والمفسدون ، والعصابات المخربة التى تزعج الآمنين فى كل مكان ، ويتعذر من بعـد اصلاحهم بعد أن شبوا عن الطوق ، وقست قلوبهم،واستمرات الشر نفوسهم، وصلب عودهم المعوج ، فلا يستقيم الا بالكسر أو البتر .



الطلاق وتعدد الزوجات :

ومن جهل بعض الناس ، ومنهم من يحسبون فى المفكرين ، أن يزعموا أن كثرة الطلاق وتعدد الزوجات سبب فى التشرد ، وكثرة الأحـداث ، ويغفلون تماما عن الولى عن النفس ، وعدم وجود الرقابة عليه ، وعـدم عناية الدولة بالناشئة الذين يولدون ويعيشون بين آباء غير صـالحين ، أو يفقدون آباءهم ، ولايوجد من يقوم على تربيتهم ، بل لايوجد من يعولهم ، ويقدم لهم ضروريات الحياة .

ولا يجول بخاطرهم اهمال الدولة الاولاد الذين ينشئون وآباؤهم فى باطن الأرض ، لا فى ظاهرها ، اذ يقضون فى السجون شطرا منحياتهم ، واكثرهم من الفقراء الذين يعيشون ضياعا بين الناس ، لا يجدون ما يتبلغون

به ويقيم أودهم الا بتكفف الناس أو باختطاف رغيف من خباز ، أو لقمـــة من بقايا الطعام فى كناسة الطرقات .

ولقد كان ذلك التفكير الضحل سببا فى أن يبعدوا عن موطن الداء ، فكان مثلهم كمثل الطبيب الذى يرى المـريض يتألم ، فيتعرف مواضع الداء فى غير موضعه ، ويبحث ويداوى ، والداء الحقيقى يرتع فى الجسم ، حتى يبليه ، أو يؤذيه . لقــد تركوا الداء يســتشرى ، واخــذوا يهيمــون وراء أخيــلة فاســدة تخيلوها ، وأوهام باطلة توهموها ، وظنون لا تغنى من الحق شــيئا .

وان تعدد الزوجات لا يمكن ان يكون سببا ، لأن تعدد الزوجات أخذ يقل من تلقاء نفسه ، لأعباء الحياة ، والثقافة واتساع آفاقها ، ولسهولة الوصول الى المرأة من غير ارتباط بعقد مقيد ، ولأن الذين كان ينتظــر أن يتزوجوا أكثر من واحدة لاستيلاء الشهوات على نفوسهم تحللوا من القيود الدينية ، فاتجهوا الى مراتع الفساد متحللين من القيود الخلقية والاجتماعية فاتخذوا الخلائل بدل الحلائل ، كما هو الشائع الآن فى أوربا .

وكان مقتضى النقصان فى تعدد الزوجات ان ينقص عدد الأحــداث **والمشردين ولكنه لم ينقص، لأن الذى كان يعدد الزوجات كان يحس بالقيود** الدينية ، والشكائم الخلقية ، والتبعات الأدبية الملقاة على عاتقه بالنسـبة للولد ، لأنه مقيد بالخلق والدين فى الجملة . أما تعدد الخلائل الذى حــل محل تعدد الزوجات عند الذين يسيرون وراء شهواتهم فانه يصحبه عــادة تحلل من كل الروابط الاجتماعية والأدبية ، ويصير أمره فرطا لا يرتبط بقيــد من القيود ، ومن هؤلاء يكون اهمال الولاية على النفس ، ويكون الأوليــاء الأشرار ، ومن بيئاتهم يكون الاحداث ، ويكون المشردون ومن بعدهم يكون الشذاذ ، والمفســدون فى الأرض .

لقد نقص تعدد الزوجات نقصا واضحا ، فبعد أن كانت نسبة الذين يعددون الزوجات الى عدد الزواج بشكل عام تصل ٥ر٥٪ (سنة ١٩٥٠) ، أخذت تهبط شــيئا فشيئا حتى صارت بعد عشر سنين (ســـنة ١٩٦٠) ٤ر١٪ ، فهل نقصت نســبة الأحداث ونسبة المشردين بهذه النســـبة فى النقص ؟.. انهم زادوا ولم ينقصــوا ، وبذلك التوت المقدمة على النتيجة وظهــر بطلانهـــا .

والأمر فى الطــلاق واضح ، لأن الاحصاء اثبت أيضا أن الطــلاق يقل من تلقاء نفسه كتعدد الزوجات . ولم يقل عدد الاحداث والمشردين ، كما لم

تقل نسبتهم ، اذ ان نسبة الطلاق هبطت من نحو٣٣ ٪ الى ٢٣ ٪ ومع ذلك لم تنتقص نسبة التشرد .

وان الطلاق الذى يفصل بين الزوجين ، أى يفصل الابوين للطفل ليست نسبة كبيرة ، كما يتوهم المتوهمون ، لانه لا يفصل الطلاق بين الزوجين الا اذا كان مبتوتا لا سبيل معه الى استئناف حياة زوجية جديدة . لقد درسنا احدى الجهات التى يكثر فيها الطلاق لأسباب موضعية وهى حى « مصر القديمة » ، فاحصينا نسبة وقائع الطلاق فيها ، فوجدناها بالنسبة لعدد الزواج ٣٩٪ بينما النسبة العامة فى البلاد كلها ٢٣٪ .

ولقد فحصنا الطلاق الفاصل المفرق ، فوجدناه يهبط ، لأن الطلاق رجعى فى اكثر احواله ، واذا نشأ بائنا أو كان قبل الدخول ، فانه يجوز استئناف حياة زوجية ما لم يكن مكملا للثلاث .

واذا أسقطنا من هذه النسبة ٣٩٪ عدد الرجعات ، وعدد الطلاق قبل الدخول الذى لم ينشىء أولادا ، وعدد الزواج الذى استؤنف بعد الطلاق ، وعدد الطلاق بتراضى الزوجين ، تهبط النسبة من ٣٩٪ الى اقل من ٢ ٪ وهو الذى يتصور فيه أن يكون اهمالا للولاية على النفس ، وهو تصور لا يؤيده الواقع ما دام الرجل فى ذاته مستقيما مدركا لحقوق الاولاد من كل الوجوه عليه . واذا كان غير مستقيم ، فسواء حصل الطلاق أم لم يحصل فانه سيهمل أولاده ، اذا لم يكن لهم ذو رحم يرعاهم ، ويكلؤهم بعنايته .

كثرة الأولاد تمنع الطلاق :

على أن هناك حقيقة يجب التنبيه اليها ، وهى أنه ثبت من الاحصاءات المختلفة من سنة ١٩٣٩ الى سنة ١٩٦٠ ، أن الأولاد كابح يكبح الطلاق ، فقد ثبت من احصاء سنة ١٩٦٠ ان اكثر من سبعين فى المائة من وقائع الطلاق كانت بين الأزواج الذين ليس لهم أولاد يربطونهم ، فان الأولاد رباط من اللحم لايمكن ان يقطعه الرجل الذى لم تشوه انسانيته ، ولم يصب طبعه بآفة تضعف عقله وقلبه .

وانه بدراسة احصاءات الطلاق فى السنين ١٩٣٩ ، ١٩٤٠ ، ١٩٤١ ، ١٩٤٢ — تبين أن نسبة الطلاق فى حال عدم اعقاب اى ولد تصل الى ٧٥٪ ، وفى حال اعقاب ولد واحد تصل الى ١٧٪ ، ولذوى الأولاد ٨٪ تهبط النسبة

فيها كلما كثر الأولاد ، حتى اذا وصل الأولاد الى اكثر من خمســـة هبط الطلاق ، حتى يصير من غيرنسبة لا الى مائة ولا الى الالف .

اذا كان الولد مانعا من الطلاق فكيف يتخذ التشرد وجرائم الاحداث دليـــلا على كثرته ، أو على انه هو السبب ، أو يربط بينه وبين ذلك بأى نوع من الرباط .



قبل ان نترك القول فى هذا التمهيد **يجب التنبيه الى ثلاثة أمور :**

أولها ــ انه يجب **على الدول العربية** أن تنظم فى قوانينها طــرق الرقابة على الأولياء على النفس ، حتى لا تترك الجيل الناشيء فى ايدى من لا يحسنون القيــام على تنشئته تنشئة طيبة تجعل منه انسانا اجتماعيــا يأتلف مع الجماعة ولا ينفر منها ، ويأخــذ منها ويعطيها من غير اعتــداء ولا اثم الا ما يقع من الرجل الذى يدنس قلبه بالجريمة ، وتكون مرضا فى ذات نفســه لايفارقهــا ، ويكون قلبــه مربدا بالمعــاصى والاجرام .

وقد ابتدأ القانون المصرى فى القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بالاتجــاه الى هذا التنظيم ، فأوجب على محكمة الجنايات عندما يحكم على رجــل هو ولى على نفس أولاده أو غيرهم أن ترسل الى محكمة الاحوال الشخصية لعزله ، ان كان الحكم من شأنه أن يسقط الولاية على النفس ، او يسـوغ اسقاطها ، او وقفها . ولكن يلاحظ أن المحاكم لا تفعل ذلك ، لأن هــذا ليس بمنصوص عليه فى قانون العقوبات أو الأجراءات الجنائية ، وان كان منصوصا عليه فى قانون محاكم الاحوال الشخصية .

وفوق ذلك هناك نقص فى القانون ، ولو طبق ، لانــه نص عــلى الجرائم التى تبيح العزل من الولاية او تقيدها ، أو توجب العزل . وفى الواقع أن كل حكم بالحبس مدة تزيد على سنة يوجب تغيير الولى او اقامة آخر حتى يعــود .

وسنبين مواضع النقص فى ذلك القانون عنــد الكلام فيه ، ان شــاء الله تعالى .

الأمر الثانى ــ الذى يجب التنبيه اليه ــ **هو أن الاوربيين** نســـبة جرائم الاحداث والتشرد عندهم لا تقل عن نسبتها عندنا ان لم تــكن تزيد

عليها ، وهم لم يكن عند اطبائهم الاجتماعيين اغراض مختلفة تجعل الداء يشتبه عليهم ، كما اشتبه على الذين يتكلمون عندنا ، بل اتجهوا الى الداء مباشرة، وهم يحاولون علاجه .

وقد ذكروا من أعظم الأسباب الانفصال بين الزوجين فى العشرة ، وهى تكون عادة لأسباب تتعلق بأخلاق احدهما ، واكثر الاسباب التى اثبتت الاحصاءات كثرة ضحاياها الادمان على الخمر ، وان ام الخبائث مهما تكن منتشرة باخبائها فى بلادنا لا يمكن أن تكون ذات خطر فى أوساطنا كما هى فى اوساطهم ، ومن الأسباب أيضا العطل والفقر ، وهو سبب مشترك بيننا وبينهم ، ولكن القناعة الشرقية تخفف من ويلاته عندنا ، ولا يخفف شيء من ويلاته عندهم .

ومن الأسباب اتخاذ الخلائل ، والخيانة الزوجية من الزوجة ، واننا والحمد لله برآء من هذا الداء فى الجملة ، وان كان الذين يقلدونهم تدرنت نفوسهم بأدرانهم ، ولكنهم مهما يكونوا ليسوا بعدد يصور اخطارا اجتماعية على الاسرة وعلى الناشئة ، كما يصوره عندهم . ولكن الحكومات عندهم تقوم على رعاية من لا يجد وليا يرعاه ، فهلا قلدناهم فى هذا ؟ احسب أن وزارة الشئون الاجتماعية قد تتجه هذا الاتجاه .

الأمر الثالث — الذى يجب التنبيه اليه انه **لو نفذت المبادىء الاسلامية** على وجهها الصحيح ، وكما أمر النبى صلى الله عليه وسلم ما تفاقم الشر بالنسبة للأحداث والتشرد **وذلك لسببين** :

(أ) ما قرره الفقهاء من ضرورة الرقابة على ولى النفس ، وما اشترطوا فيه من شروط يجب تحققها ، واذا اختل شرط منها نزع الولد من يد الولى ، واعطى للولى الذى يليه وقد جعلوها فى القرابة ، لأن الاقرباء أغير على الصغير والقاصر بشكل عام من الاجانب ، وصلة القربى تجعلهم يتعيرون بالشاذين من ذوى قرابتهم ، فالأسر يلحقها العار من الذين يشذون من افرادها .

وقد أشرك الاسلام الأسرة فى عقوبة الجرائم التى تقع من افرادها ما دامت العقوبة ليست بدنية ، فالدية تجب على العاقلة ، فانها لهذا الغرم الذى يحتمل نزوله بها من شذوذ الشذاذ تعمل على ان تنشىء الناشئة فيها بعيدة عن الجريمة ، لكيلا تتحمل الغرم فى القابل ، كما تتحمل العار ،

وان ذلك بلا ريب تعاون واضح على رعاية الصبيان والقاصرين بشكل عام، لأن خيرهم يعود اليهم ، وشرهم ينزل المغارم بهم .

(ب) ان القرآن حث على اكرام اليتامى ، وهم الذين يظن اهمالهم وضياعهم ، اذ هم الذين يحتاجون الى ولى على النفس يجتمع فيه حنان الابوة ، والحرص على مصلحتهم ، كما يحرص الآباء .

وقد كان حرص القرآن الكريم والسنة النبوية على منع اذلالهم ، لأن اذلالهم يؤدى الى ان ينشئوا على المهانة ، والمهانة تسهل الجريمة ، وهى فوق ذلك تجعلهم يشعرون بعداوة بينهم وبين الجماعة التى يعيشون فيها ، وحيث كانت العداوة بينهم وبين المجتمع ، لا يحسون بحرمته ، ولا يقيمون وزنا لحمايته ، بل يتجهون الى النقمة منه ، وهم كبار بعد أن ضيعهم وهم صغار . ولقد أمر القرآن بضم اليتامى اليهم ليعيشوا فى أسرهم ، فقال تعالى « ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير ، وان تخالطوهم فاخوانكم ، والله يعلم المفسد من المصلح ، ولو شاء الله لاعنتكم » واحسب أن من الاعنات الا يخالطوهم ويتركوهم هملا ، فان ذلك له مغبته فى قابل حياتهم ، وبذلك يعنتونهم ، ويقول سبحانه : « فأما اليتيم فلا تقهر ، وأما السائل فلا تنهر ، وأما بنعمة ربك فحدث » وقد قال صلى الله تعالى عليه وسلم : « خير بيوت المسلمين بيت يكرم فيه يتيم ، وشر بيوت المسلمين بيت يقهر فيه يتيم » .

ويقول عليه الصلاة والسلام فى التحريض على اكرام اليتيم ، وحسن كفالته والقيام على شئونه ورعايته : « أنا وكافل اليتيم فى الجنة هكذا » واشار بأصابعه انهما متجاوران ، أى أن الذين يقومون على رعاية اليتامى يقول النبى الصادق الأمين انهم يكونون فى منزلة النبيين والصديقين .

ولو اتبعنا أوامر ديننا وأدركنا ما قرره فقهاؤنا ، لطهرت الطرقات فى بلدنا من الاحداث والمشردين ، ولكنا هجرناه وكان منسيا ، فكان ما كان من أدواء ومفاسد ، ولا حول ولا قوة الا بالله العظيم .

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

أسباب الولاية على النفس

تثبت الولاية على النفس حيث يتحقق احد امرين :

اولهما ـــ العجز عن وقوف الشخص وحده فى الحياة واحتياجه الى من يحميه ويقوم على شئونه ، لانه لا يستطيع القيام بها وحده ، ولا يستطيع حماية نفسه فى مضطرب المجتمع ، وان ذلك بلاريب يتحقق فى الصغر والانوثة كما يتحقق فى المجنون والمعتوه .

والامر الثانى ـــ ان يكون الشخص فى حاجة الى التاديب والتهذيب والتعود على العادات الاسلامية الكريمة وذلك يتحقق بلا ريب فى الصغير .

ولذلك قرروا ان اسباب الولاية على النفس الصغر ، والجنون أو العته ، والانوثة ، على ان تكون الاخيرة فى دائرة محدودة ، على ما سنبين ، ان شاء الله تعالى .

أ ـ الصــــــــغر

يولد الانسان عاجزا كما بينا من قبل، وتثبت عليه الولايات الثلاث التى اشرنا اليها من قبل ، وانه وهو فى هذا الضعف يحتاج الى من يرضــعه ثدييه ، او يغذيه بكل وسائل التغذية التى تناسب سنه ، وتتفق مع قوته البدنية ، ويحتاج مع ذلك الى من يعلمه بالحياة، ويدربه عليها ،ويحميهمن الناس ، ويهذب غرائزه ويوجهها نحو الخير ، ويعوده العادات الخلقيــة السليمة الطيبة ، وفى الجملة يشرف على تربيته وتوجيهه وصيانته ، فيعنى به جسما وروحا ، وعقلا وخلقا ، ويتولى تعليمه ، ولقد قال المرحوم فتحى زغلول فى كتابه شرح القانون المدنى ما نصه :

« المولود يولد فاقد الاهلية ، ويبقى كذلك الى أن يبلغ سن التمييز، ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز ، الا ان عقله وملكاته لا يزالان غضين فلا يقوى على تقدير الأفعال التى تصدر عنه ، او يتعمد فعلها تقـــديرا صحيحا ، ثم هو لا يصل الى هذه المرتبة الا بعد ان تنضج قوته العاقلة ، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على ادارة امواله بنفسه ، ومعـــلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا فى زمن واحد ، بل هم مختلفون فى ذلك اختلافا كبيرا . وان منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات ، والحاجة الى وضع حد تنتهى اليه حال الانسان . ويخرج ببلوغه من دور التردد الى دور العمل . كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، وتتم له الأهلية » (١) .

وان كلام الأستاذ المرحوم فتحى زغلول سبق لبيان اهلية التعــامل المالى ، وهو يتفق ايضـا مع ما ينبغى من التربية الأولى والتهذيب والحياطة.

---

(١) شرح القــانون المــدنى ص ٣٨ وعوارض الاهلية لاستاذنا المرحوم الشيخ احمــد ابراهيم (بك) و « الملــكية » للمؤلف ، واصــول الفقه له .

ولاشك ان الطفل له دوران — دور يكون فاقد التمييز ، وفي هــذا الدور لا تكون التبعة كلها ملقاة على الولى ، بل يشاركه فيه الحاضــنة ، فهى تستمر مع الطفل الى سن التمييز والى ما بعدها على اختلاف الفقهــاء فى تقدير سنها ، وعلى مقدار سلامة جسم الصغير وقدرته واستعداده للاستغناء عن خدمة النساء ورعايتهن ، وعمل الولى فى هذه الفترة مشاركة فى الرعاية ، ولو اردنا أن نوزع ، فان الحدود فى التوزيع لا تكون محدودة الرسوم ، ولكنها مقربة ، فالحاضنة تكون مسئولة عن الرعاية اليومية لــه من اعداد غذائه ، واطعامه ، والباسه ، والاشراف على منامه ، والقــرب منه لســداد حاجاته اليوميــة العاجلة ، وهى مع ذلك مسئولة عن امداده بالعطف والرحمة والمــودة ، لينشأ اليفــا ، مألوفا ، وفى الجملة تغــذى جســمه ونفسه .

والولى على النفس يحميه ، ويربيه ، ويهذبه ، ويقوم على اصلاحه بالطب لجسمه ، والطب لعقله ، والحماية له من أوضار الحياة وأشرارها، ويحفظ عليه دينه واخلاقه ، ويراقب الحاضــنة فى ذلك لينشأ نشأة حسنة.

وفى الحق ان دور الحاضنة قبل سن التمييز أوضح ظهورا من دور الولى على النفس ، وان كان كلاهما ضروريا لمعالجة الضعف الذى يولــد عليه المــولود .

هذا شأن الطفل فى الدور الاول من حياته ، وهو دور عدم التمييز. اما الدور الثــانى . وهو دور التمييز ففى هــذا الدور يكون دور الولى هو الواضح ، بل هو المنفرد بالنسبة للغلام ، وبالنسبة للصــغيرة يكون منفردا على راى جمهور الفقهاء ، بعد ان تتجاوز سن الحضانة الذى لا يصل الى البلوغ عندهم .

والطفل فى هذه السن الصغيرة قبل التمييز يكون كالامانة الواجبة الحفظ والصيانة فى يد الولى عن النفس ، ويد الحاضنة فى مدة الحضانةتكون اقوى قبل التمييز ، وتكون يد الولى اقوى سلطانا بعد التمييز .

والولاية على النفس عملان :

اولهما — القيام على شئون هذا المخلوق الضعيف ، **والثانى** ولايــة التزويج ، فناخذ فى الكلام فى الاولى ، ولنترك الثانية الى موضعها من القول.

ولاية الحفظ تتناول ثلاثة اعمال — اولهـــا : ولاية التاديب والتعليم والتهذيب ، والثانية حفظ نفســه ، والثالثة منعه من الاعتداء على الآخرين، اذ يترتب عليهـــا مؤاخذات فى ماله ، ولنتـــكلم عن الأولى :

ولاية التعليـــم والتـــاديب

روى فى بعض الآثار ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قال : « غذ ولدك سبعا ، وادبه سبعا ، وصاحبه سبعا ، ثم اترك حبله على غاربه ».

وان هذا تقسيم حسن يتفق مع طبائع السن فى هذه الواجبات الثلاثة، وهو فى ذاته حكمة بالغة ، والسبع الأولى بلا شك يشترك فيها الولى مع الحاضنة ، والسبع الثانية تكون فيها التبعة الكبرى على الولى ، وللحضانة دخل فى التسهيل والتيسير اذا كان الطفل لا يزال فى يدها .

وان التعليم يبتدىء بالتلقين منذ يدرك الأمور ، بل منذ يعرف اباه وامه واخواته وذوى قرابته ، ولكنه يكون تعليما بالتلقين ، وبث الشعور الاجتماعى، وتربيته على ضبط النفس ، والأخذ فى السيطرة على غريزة الأثرة ، وبث روح الايثار ، وان الطفل أثر بفطرته ، يحسب ان الوجود له هو ، وان كل من فيه سخر له ، فيتعلم ما لغيره من حقوق تماثل حقوقه بالتلقين ، وبث روح الائتلاف ، وللأم فى ذلك عمل كبير .

واذا بلغ التمييز كان التعليم ببيان الحقائق الدينية بمقدار ما يطيقهـــا عقله ، وتتسع لها مداركه ، ويعود العادات الدينية ، ويروضه وليه على القيام ببعض العبادات ، حتى يدرك مغزاها ، بعد أن تعود القيام بها ،ولقد قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم : « مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا ، واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا » .

ولقد جاء فى كتاب احكام الصغار ما نصه : « اذا بلغ الصبى عشـــر سنين **يضرب لأجل الصلاة باليد ، لا بالخشب ، ولايجاوز الثلاث » ولقد قال النبى صلى الله تعالى عليه وسلم لمرداس المعلم : « اياك أن تضرب فوق ثلاث** فانك اذا ضربت فوق الثلاث اقتص الله منك » (1) .

---

(1) كتاب احكام الصـــغار على هامش جامع الفصلين ج ١ ص ١٠ .

ويستفاد من هذا الكلام امران :

اولهما — انه لا يكلف الصلاة الا اذا علم أحكامها ، والمطلوب فيها، وكأنه يجب ان يتعلمه وهو فى السابعة ، او قبلها مادام قد يدرك معانيها ، ومثل ذلك سائر الفرائض الاسلامية ، فيعلم احكام الصوم ، ويعلم فرضية الزكاة والحج من غير ان يتعرض لتفصيلهما ، لأن ذلك فوق طاقته العقلية .

والأمر الثانى — ان الضرب للتعليم ، انما هو نوع من التوجيه ، وليس المقصود به الايذاء ، فان الايذاء فى ذاته ممقــوت ، ودفع الأذى مطلوب ، وصلاده فى هذا السن مستحبة مادام لم يبلغ ، ولا يطلب المستحب بالأذى الذى يجب دفعه ، ولذلك كان الضرب باليد ، لا بآلة تعذيب كالخشــبة ، ونحوها ، مما يخرج الضرب من حيز التعليم الى حيز التعذيب ، ولو أردنا ان نفهم قول الرسول صلى الله تعالى عليه وسلم بما يؤدى اليه ، لــكان معناه ان يكون الضرب غير مبرح ، أو يبقى أثرا ، وان يكون غير شائن ، حتى لا يربى الطفل على المهانة بعد ذلك . وليس التعليم مقصورا على العبادات، بل يجب أن يحفظ مقدارا من القرآن ، ليعلم اصــول دينــه ، ومقادير من الأحاديث ليدرك الحكمة المحمدية ومقام النبوة ، ويدرك الأحــكام الشرعية على وجههــا .

ولايقتصر التعليم على العلوم الدينية ، بل يعلمه علوم الحياة ، ويوجهه بمقدار طاقته الى اقوم السبل لادراك المطالب والغايات ويعرف وســائل العمران ، ليتخصص فى ناحية من نواحيهــا من بعد ، ان كانت طاقتــه تسمح بذلك .

واذا كان للمعلم حق التــأديب بمنعه من أن يرتكب ما يضره او يضر غيره ، بالموعظة الحسنة الرفيقة ، ثم باللوم الشديد ، ثم باستنكار افعاله بالاعراض عنه تأديبــا وتهذيبــا ، وليس هجرا أو خصاما ، ثم بالعقــاب البدنى ينزل به ، على أن يلاحظ فيه الا يكون تعذيبا ، بل يكون فى معنى التوجيه ، كما روينا من النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ، فان قول النبى عليه الصلاة والسلام هو النظام الذى خول سلطة التأديب ، ورسم حدودها.

ولقد تكلم الفقهاء فى حالة التاديب الذى يفضى الى الموت ، او الى فقد عضو من الأعضاء ، أو شج او نحو ذلك مما يعد جريمة فى ذاته ، مع ملاحظة ان المؤدب سواء اكان الأب او الولى على النفس أم كان غيرهما مع الاذن له بالتاديب قد جاوز الحد المرسوم الذى رسمه النبى صلى الله تعالى عليــه وســلم .

ولقد اختلفوا فى وجوب العقاب المالى بالدية او بارش الجريمة ، فقال بعض الفقهاء بوجوب الضمان على الولى دون المعلم ، ومعهم الامام الاعظم ابوحنيفة النعمان ، والراى الثانى راى طائفة من الفقهاء ، وهو انه لا ضمان لهذه الجناية ، ومع هؤلاء الصاحبان من تلاميذ ابى حنيفة .

وحجة ابى حنيفة فى ايجاب الضمان على الولى تقوم على أصلين :

اولهما ــ ان المقصود هو التأديب ، وهو مرسوم بحدود رسمها النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ، فاذا تجاوزها فقد حول التأديب الى تعـذيب واتلاف الجسم او جزء منه لا يدخل فى باب التأديب ، فالفعل وقع بأمر غير جائز ، بل بأمر ممنوع ، وكل أمر ممنوع يوجب الضمان ، ولا يوجد ما يمنع الضمان ، فتحقق السبب ولم يوجد المانع .

ثانيهما ــ ان الأصل وهو التأديب لا يبرر ذلك لأن ذلك الاذن منصب على التأديب لا على الاتلاف ، فاذا تحول الفعل الى اتلاف لم يكن مأذونا فيه، اذ أن الذى افضى الى التلف هو التعذيب وليس التأديب ، وهما متضادان. ويقرر الكاسانى فى توضيح رأى ابى حنيفة من حيث انه اوجب الضـمان على الولى دون المعلم ، فيقول : « ان رأى ابى حنيفة عدم تضمين المعلم ، لانه ان لم يعف من الضمان قد يؤدى الأمر الى امتناعه عن التعليم » اى انه عند ابى حنيفة ، يوجد بالنسبة للمعلم المقتضى ، وقد تجاوز حد التأديب ، ولكن وجد المانع ، وهو هذه الضرورة العامة ، وهذه الضرورة لا توجد فى الولى على النفس ، فعليه التحرز ، وخصوصا ان الولد فى يديه أمانة لا رقيب عليه فيها الا الله تعالى فوجب الاحتراز فى التأديب حتى لا يؤدى الى التلف، فان ادى اليه اخذ به .

وحجة الفقهاء الآخرين فى عدم تضمين الاب او الجد أو المعلم ، تقوم على أصلين ايضـا :

اولهما ــ أن التأديب فعل مأذون فيه ممن له سلطانه ، بل هو واجب ، فاذا كان التلف لعضو من الأعضاء او لجزء من الجسم ، فقد جاء نتيجـة فعل مأذون فيه لا يعد اعتداء ، وخصوصا ان الأولياء لهم من الشفقة ما يحول بينهم وبين قصد الأذى لمجرد الاذى ، وكذلك الشأن فى المعلم ، فان ذلـك عمله وهو بمقتضى عمله الذى خصص له لا يفرض فيه الاعتداء ، فيـكون فعله مأذونا فيه فلا ضمان .

الأصل الثانى ان التعليم والتاديب مطلوبان على جهـة فرض العين بالنسبة للولى وعلى جهة فرض الكفاية بالنسبة لغيرهما ولو كان ثمـة

عقاب ان ادى التاديب الى تلف جزء أو عضو أو نفس لامتنع هؤلاء عن القيام بواجبهم خشية الضمان ، ويقول الكاسانى : « ان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية ، وليس فى وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم ، فكان التضمين سدا لباب التعليم ، وبالناس حاجة اليه » .

ويسير ذلك الراى على اساس ان العبرة فى العمل المبتدا الذى أفضى الى هذا الأذى ، أهو جائز أم ممنوع ، فان كان ممنوعا كان الضمان لا محالة، لحقيقة الاعتداء ، وان كان غير ممنوع فانه لا ضمان اذا كان يترتب الضرر غير المقصود ، ولانه لا ضمان الا حيث الاعتداء ، ولأن التاديب فى ذاته مطلوب، فلا ضمان فى أمر مطلوب طلب تعيين أو طلب كفاية . ويقول الكاسانى فى تحقيق هذا الأصل ، « والأصل فى هذه الجناية انها اذا وردت على ما ليس بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة ، لأن الضمان يجب بالفعل السابق ، والفعل السابق صادف محلا غير مضمون » (١) .

وننتهى من هذا الى انه يتحرر الخلاف بين النظرين ، **ان النظر الاول يتجه الى النتيجة** ، فان ترتب على الفعل اذى لم يكن هذا المقصود من الطلب . وكان نتيجة تجاوز الحد ، وكان الضمان الا اذا ادى الضمان الى ما هو شر منه ضررا كحال المعلم .

والنظر الثانى نظر الى أصل الفعل أهو مطلوب أو ممنوع ، فلما افضى الى اذى لم يمنع ذلك أصل الطلب ، بل استمر أصل الطلب ، فاستمر على ما هو عليه .

راينا فى هذا الموضوع :

الحق عندنا فى هذا الموضوع هو ان نقف عند الحدود التى رسمها النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ، وهى الا ينتقل التاديب الى اذى ، لأنه ان وصل الى ذلك ادى الى ايجاد ابتئاس نفسى عند الطفل الصغير ، وربما يبغض عنده التعليم ، وكثيرون من الصبيان تسوء حالهم النفسية من غلظة المعلمين ، والعلم ترين الرفق ، وهو والغلظة نقيضان لا يجتمعان ، ولذلك عند النظر فى الأذى الذى يترتب على فعل الولى على النفس أو المعلم ، ان كان من فعل غير غليظ ، كأن صده بغير عنف فوقع على جسم صلب لعدم توقعه الصدمة ، فشج راسه أو كسرت ذراعه ، فاننا نوجب الا يكون ضمان ، وان كان الفعل فى ذاته غليظا ، فانه لا يكون ماذونا فيه ، فما يفضى

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٠٥ .

اليه لا اذن فيه قط ، ويعد جريمة خطأ يعاقب عليها عقوبة الخطأ ، فانه يجب تعزيره ، وغيرهما من الأولياء يضمنون اذا كان اصل الفعل غليظا لا رفق فيه قط ، فقد يكون الأذى مقصودا من هؤلاء .

وقد يكون من الواجب التسامح مع الأب والجد من الاولياء الا اذا كان من اعمالهم ما اقترن بما يدل على عنف خاص فى معاملة ذلك الولد .

حفظ الصغير وصيانته

الانسان يولد ضعيفا ، كما قررنا من قبل ، وانه وهو فى هذا الضعف يحتاج الى من يحميه من نفسه ، فيبعده عما يكون فيه ضرر يلحقه فى جسمه او فى عضو من اعضائه ، وانه يجب على الحاضنة والولى على النفس ان يتعاونا فى المحافظة على جسم الصغير ونفسه ، وابعاده عن كل ما يتلف جسمه ونفسه ، وقد جاء فى كتب الفروع الفقهية ما يدل على تبعة الأمهات والآباء اذا اهملوا من دون سن التمييز حتى تردى فيما يهلكه . **ولنضرب على ذلك بعض الأمثال :**

(ا) اذا كانت الام هى الحاضنة او غيرها ، فخرجت وتركت الصبى فوقع فى النار ، فان الأم فى هذه الحال تضمن الدية ، لتقصيرها فى المحافظة على ولدها اذا لم يكن قد بلغ سن التمييز .

(ب) لو تركت ولدها عند امراة ، وطلبت اليها المحافظة عليه ، فوقع فى النار فان على المراة الدية ، لأنها اهملت الولد ، وقد تعهدت بالمحافظة عليه .

(ج) لو امر الولى او غيره غلاما ان يصعد الى الشجرة ، فصعد فسقط فمات ، فان عليه الدية ، وان كان وليا يعزر مع ذلك لانه اخل بواجب الولاية .

(د) لو امر الولى او غيره ان يذهب بدابة ليسقيها ، فوقع فى النهر او النهير ، يكون من ارسله ضامنا للدية لانه لم يحافظ على نفسه .

(هـ) اذا أعطى الولى الطفل غير المميز سكينا فقتل نفسه ، يضمن ، لانه المتسبب ، وان كان مميزا لا يضمن ، لانه بمقتضى التمييز مسئول عن تصرفه فى حق نفسه (١) .

---

(١) هذه الفروع مأخوذة من جامع الفصولين ج ٢ ص ١١٠ ، ومن احكام الصغار جزء أول ص ١٥٤ ، وما يليها .

والقول الجملي في هذا الموضوع **ان ولي الصغير لا يجوز له ان يهمله**، بل عليه أن يرعاه ، ويحافظ على جسمه وعقله ونفسه ، فان اهمل في شيء من ذلك نزعت يده عنه .

وان المحافظة على جسمه بعدم تعرضه للتهلكة ، وقد وجد في ذلك الضمان الرادع ، وانه يسقط حقه في الولاية لأن هذه الولاية للمصلحة ، فان ترتب عليها مضرة ، فان يده تنزع .

واما محافظته على عقله فتكون اولا بمنعه من ان يتناول ما يصيبه بآفة في عقله ، وثانيا بأن يمكنه من التعلم الذى يليق بمثله ، لكي تظهر مواهبه ، ويتولى من الأعمال في قابل حياته ما يتفق مع هذه المواهب .

واما محافظته على نفسه فبأن يبعده عن الشر وصحبه ، ويعوده العادات الفاضلة .

وفي الجملة **يجب على الولي** على النفس أن يجعل المولى عليه كقطعة من نفسه يرضى له ما يرضاه لنفسه ، واذا كان الولد يتيما لا اب له يجعله كأولاده ، ويضمه اليهم ويجعله كأحدهم من غير أن يرهق نفسه بتفرقة بينه وبينهم كما قال تعالى : «وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » .

وان الولي على النفس يجب عليه أن يحافظ على كل ما يتعلق بنفس الصغير ، فهو الذى يشرف على غذائه بعد مجاوزة سن الحضانة ، وانتقاله اليه ، وهو الذى يطالب الوصي المالي ان كان غيره بفرض نفقة لائقة به ، ويقاضيه في ذلك ، وهو الأمين على ما يأخذه من مال في سبيل تغذيته وتعليمه واصلاحه ، وايوائه وكسوته ، اذ هو الذى يقوم بذلك . واذا كان الوصي المالي من واجبه المحافظة على حقوقه المالية والدفاع عنها والمطالبة بها ، فالولي على النفس من واجبه المحافظة على النفس ، والمطالبة بحقوقه المتعلقة بها ، والدفاع امام القضاء .

فاذا اعتدى على جسمه معتد ، فانه هو الذى يجر المعتدي الى دار القضاء ويطالب بالعقوبة المفروضة على أمثاله من المعتدين ، فاذا شجه انسان ، فهو الذى يطالب بأرش الجريمة ، واذا قطع انسان عضوا من اعضائه ، فانه هو الذى يطالب بالقصاص ، وهو الذى يتولى القصاص بأمر القضاء اذا حكم به ، وذلك بالنيابة عنه ، واذا قتل الصغير ، فان ولي الدم هو ولي النفس ، وليس ولي المال ، ولذا قال تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ، فلا يسرف في القتل انه كان منصورا » .

وان الولى على النفس لا يتعدى اختصاصه الى المــال اذا لم يكن هو الولى المالى ، ولم يكن وصيا على المال ، فانه عليه المحافظــة على النفس ، وتقويتها جسما وعقــلا وروحا ، والآخر عليه المحافظــة على المال ، واتخاذ الوسائل المختلفة لتنميته ، واستغلاله بالطرق الشرعية ، واداء ما يجب عليه من زكوات وفرائض ، وخراج وعشر .

وعلى ذلك اذا كسب الصغير مالا بعمله أو بجناية عليه ، فان الولى على المال هو الذى يئول الى يده الامينة ما حكم به ، فاذا ارتكب معتــد على الصغير ما يوجب دية ، فان الذى يتولى الدعوى وتقديم الاثبــات الولى على النفس ، لان ذلك من قبيــل المحافظــة على النفس ، ومنع الاعتداء عليها ، ولكن يتولى قبض المال الوصى المالى ، كالشأن فى زواج القاصرة ، فان الذى يتولى زواج القاصرة هو الولى على النفس ، والذى يتولى قبض المهر هو الوصى المالى ، سواء اكان وصيــا مختارا أم كان مقاما من قبل القــاضى .

وفى الجملة ان الولى على النفس هو المسئول عن كل شىء يتعلق بنفس الصغير جسما وعقلا وروحا . والله ولى الصالحين .

منع الصــغير من الاعتــداء

هذا القسم الثالث من المحافظة بالنسبة للصغير وهو منع الصغير من الايذاء ، او بعبارة ادق حماية الناس من اذاه ، وان ذلك بلا ريب يتبع تاديب الطفل وتهذيبه وتعويده منع الاعتداء على غيره ، وتلقينــه الايمان بانه يجب ان يحب للناس ما يحب لنفسه ، وان يكره لهم ما يكره لها ، وانه يجب عليه تاديبه تاديبا رفيقا لــكيلا يؤذى احدا ، وان ذلك فوق انه تربية على الاخلاق الاجتماعية الفاضلة فيه حماية لأمواله من أن يحكم باجزاء منها فى تعويض من يعتدى عليهم ، فانه مسئول عما يرتكب من جرائم فى ماله ، وان كانت التبعات البدنية ملقاة عنه ، وهو ضعيف العقل والادراك ، ومن الرحمة به وبالمجتمع ان يصان من أن يرتكب أذى بالناس ، ولقد قال فى ذلك الشيخ عبد العزيز النجارى فى حاشيته على أن اصــول فخر الاسلام البزدوى .

« ان الصبا من اسباب المرحمة طبعا ، فان كل طبــع سليم يميل الى الرحمة بالصغار ، وشرعا لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « من

لم يرحم صغيرا ، ولم يوقر كبيرا ، فليس منا » فجعل الصغر سببا للعفو عن كل عهدة تتحمل العفو ، اى جعله سببا لاسقاط كل تبعة وضمان يحتمل السقوط عن البالغ بوجه ... واحترز عن حقوق العباد ، فانها حقوق محترمة تجب لصالح المستحق لها ، وتعلق حقه بها فلا يمنع وجوبها بسبب الصبا ، كما لا يمنع وجوبها فى حق البالغ بعذر ، ويكون الصبا سببا للعفو عن كل عهدة تحتمل العفو ، فلا يحرم الصبى من الميراث بسبب القتل (اى عند الحنفية والجمهور) حتى انه لو قتل مورثه عمدا أو خطأ يستحق ميراثه ، لأن موجب القتل يحتمل السقوط بالعفو ، وباعذاركثيرة ، فيسقط بعذر الصبا ، ويجعل كان المورث مات حتف أنفه ، ولأن الحرمان يثبت بطريق العقوبة ، وعمل الصبى لا يصح سببا للعقوبة لقصور معنى الجناية فى فعله ، بخلاف الدية ، فانها تجب لعصمة المحل ، وهو أهل لوجوبها عليه ، اذ الصبا لا ينفى عصمة المحل » (١) .

وبذلك يتبين امران :

أولهما — ان الجرائم التى عقوبتها بدنية لا تجب عليه ، لأن منشأها مجرد التبعة الدينية ، وهو غير مكلف دينا ، ولكن العقوبات المالية تجب فى ماله ، وجرائم القصاص لا تستوجب قصاصا بالنسبة له ، ولكنها تستوجب الدية فى ماله ان كان ذا مال فى بعض الاحوال ، والا فانها تكون على عاقلته ، وقد جاء فى جامع الفصولين ما نصه : « اذا رمى صبى سهما فأصاب عين امراة غرم الصبى لا أبوه ، ولو كان لا مال له فنظرة الى ميسرة ، وقال انما وجب فى ماله ، اذ لا يرى للعجم عاقلة » وقد علق صاحب حاشية جامع الفصولين بقوله :

« اقول اختلف المتأخرون فى العجم فأفتى الفقيه أبو الليث والامام ظهير الدين انه لا عاقلة لهم ، وافتى البعض أن لهم عاقلة ، والحق أن التناصر فيهم بالحرف ، فلهم عاقلة » .

وبهذا ننتهى الى أن الصغير تعقل عنه عاقلته اذا جنى ، ان كان من العرب فظاهر ، وان كان من الاعاجم ، فممن يتناصر بهم ، والتناصر بالعاقلة موجود عند الاعاجم ، ولا معنى للقصر على العرب .

الأمر الثانى : الذى يتبين من النص الذى سقناه عن الشيخ النجارى هو أن الولى لا تبعة عليه فى جناية الصغير ، فنظام أخذ المتبوع بالتابع

---

(١) حاشية اصول فخر الاسلام البزدوى ج ٤ ص ١٣٩٣ .

ليست له الصورة الواضحة فى الفقه الاسلامى ، كما هى فى الفقه الوضعى . ولا تبعة على الولى الا اذا كان قد حرض الصغير على الجريمة ، وفعلها استجابة لرغبته وارضاء له ، فان التبعة تكون بسبب هذا الاغراء وذلك التحريض .

وان بعض الآراء فى الفقه الاسلامى تتسع لتحصيل المتبوع آثام التابع اذا كان غيرمسئول ، وتتلاقى آراء هؤلاء الفقهاء مع الفقه الوضعى فى الجملة .

ومهما يكن فان ثمة ضررا واقعا على الصغير من الجرائم التى تقع منه ، والاحتراز منها واجب ، وعبء ذلك يكون على الولى على النفس، فانه الذى يصون نفس الصغير عن أن تقع فى هذه المآخذ .

تعزير الصغير

ان الولى على النفس يتولى تهذيب الصغير ، وتعليمه ، ويؤدبه فى سبيل التهذيب والتعليم ، حتى يتوقى وقوع الجرائم التى توجب عليه عقوبات مالية تقع فى ماله ، فقد قرر الفقهاء أن العقوبات البدنية فى الحدود والقصاص لا تقع عليه ، كعقوبة ، ولكن تجب مغارم مالية كما ذكرنا ، وقد قالوا انه لو سرق لايقام عليه الحد ، ولكن يدفع قيمة المسروق ان كان قد اتلفه ، وامتنع ارجاعه ، واذا كانت قيمة المسروق تزيد على عشر الدية فان العاقلة تشاركه ، وان كانت فى حدود عشر فانها تجب فى ماله ، فاذا سرق قطعة من الذهب واتلفها بأن اضاعها ، فان كانت قيمتها فوق مائة مثقال ، فان القيمة تكون على العاقلة ، وان كانت قيمتها دون المائة او فى حدودها ، فان القيمة كلها تؤخذ من ماله .

وان شرب لا عقاب عليه ، ولكن يكون عليه التأديب من الولى على نفسه ، أو من القاضى . وان اشترك مع آخرين فى قطع الطريق كان الحكم كما لو سرق ، ويسلم للولى على النفس لتأديبه ، وقد يتولى القاضى تعزيره .

ثبوت التعزير ومداه وحدوده :

وبهذا يتبين أن الصغير اذا تفاقم شره ، واتخذ الولى على النفس كل ذرائع التأديب ، أو كان الولى هينا لينا فى ذاته ، فان القاضى يتولى تعزيره . وقد نص الفقهاء على ان ذلك يكون من قبيل التأديب ، لا من

قبيل العقاب ، أو هو بالأحرى معـــاونة للولى على النفس على ما هو واجب عليه ، وقد جاء فى البدائع للسكاسانى ما نصـــه :

« وأما شروط وجوب التعزير فالعقل فقط ، فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ، ليس لها مقدور ، سواء كان حرا أم عبدا ، ذكرا كان أو انثى ، مسلما او كافرا ، بالغا او صبيا بعد أن يكون عاقلا فان هؤلاء من اهـــل العقوبة الا الصبى العاقل ، فانه يعزر تأديبا لا عقوبة » .

ويستفاد من هـــذا النص ثلاثة امور :

اولها ــ أن التعزير يثبت عليـــه ، وذلك بلا ريب فيما اذا ارتكب **جرائم تخل بالآداب ، وتجعله أن استمر عليها يستمرىء الشر ، ويندفع** فيه كأن يسرق أو يشرب الخمر ، أو يقذف الرجال والنســاء او نحو ذلك من الآثام التى لو نشأ عليها ، وترعرع فيها كان من المفسدين فى الارض اذا كبر .

الأمر الثانى ــ ان ذلك التأديب الذى يتولاه القضاء انما يكون اذا كان الصبى لقد بلغ سن التمييز ، وكان مميزا بالفعل ، لأن ما دون سن التمييز يكتفى فيه بتأديب الولى الرفيق ، ولا ينتقل الى تأديب القـــاضى الذى لا يخلو من عنف ، ولأن الاساس هو اعتبار الفعل جريمة فى خفـــة توجب التأديب الذى يشبه العقاب ، ولا يـــكون ذلك الا اذا كان مدركا لوصف ما يفعل ، ولا يعد الصبى غير المميز مدركا لوصف ما يفعل .

الأمـــر الثالث ــ ان التعزير يكون على وجـــه التأديب لا على وجـــه العقاب ، لأن الأمر اذا أخذ وصف العقاب كان يجب ان يكون مناسبا لمـــا يقع منه ، والتأديب يكون مناسبا لسنه ، ولمـــا يقوم اعوجاجه ، فليس **المقصود القصاص بل المقصود التوجيه نحو الخير ، والأبتعاد عن الشر ،** وذلك يتبع حال الصبى ، وتأثر نفســه بالجريمة والاثم .

تاديب الصغار فى القوانين المصرية :

ان القوانين القائمة لخذت بتأديب الصغار اذا نحرفوا ، ولم يقم الولى على النفس بحق التاديب الواجب عليه ، بل قصر فى ذلك اهمالا أو رفقا ، او لم يكن للصغير ولى على النفس ، أو كان غائبا .

وقد اتجه القانون المصري الى ذلك بشأن الصغار ، وذلك منذ سنة ١٩٠٨ ، فقد اتجه الى انشاء قانون للتشرد ، وقد عدلت أحكامه بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ ، وكان اتجاهه الى حماية الأحداث ، وحياطتهم من كثير من الشرور الاجتماعية التى يتعرض لها الأحداث (١) .

قانون العقوبات والشريعة :

وان ذلك القانون هو فى الواقع اخذ يحل محل الولى على النفس، لانه لا يتدخل الا حيث يفقد الولى على النفس ما يجب عليه من رعاية وتهذيب وتوجيه للصغير ، اذ انه اذا كان الولى على النفس قائما بواجبه على الوجه الكامل ما اتجهت الدولة الى انتزاعه من يده ، وما وقع فى التشرد .

وانه لهذا لم يتقيد بحد ادنى ، وهو سن التمييز ، بل لا فرق بينه وبين ما دونه، وذلك وضع مقصود، حتى لا يتقيد تطبيق القانون ببلوغ سبع سنين، كما هو الشأن فى الاحكام الشرعية ، وكما هو الشأن فى ادراك معاني الآثام ، ووصف الافعال بالاجرام ، لان المجال ليس مجال عقاب ولو بطريق التعزير بل مجال قانون التشرد المنصوص على احواله فى قانونه هو تدبير الوقاية من تردى الاحداث فى الطريق الذى ابتدءوا يسلكونه غير عالمين بمغبته « ولا تعد التدابير المقررة به عقوبات وانما هى طرق تهذيبيه **للحدث لا تتصل بالمسئولية الجنائية بأى صلة » (٢) .**

فالمقصود من قانون التشرد هو المقصود من التعزير فى الشريعة ، وهو التأديب ، وليس العقاب ، ولكنه يخالف الشريعة فى انه يطبق على على الاحداث لا فرق بين سن وسن ، ما دام التشرد قد ثبت ، لانه ليس قانونا للعقاب ، ولكنه لحلول الاصلاحيات محل الاولياء ، اذ أن حال التشرد لا تثبت الا اذا فقد رعاية الاسرة ، او بعبارة أخص رعاية الولى على النفس الذى اقيم لتجنيبه الزلل وتوجيهه وارشاده ، وحينئذ لا فرق بين مميز وغير مميز .

ومع أن قانون التشرد فى كل أدواره اعتبر قانونا تهذيبيا اصلاحيا وجد بجواره قانون العقوبات العام ، وقد سار بالنسبة للصغار مسار الشريعة فى الجملة من حيث اعتبار سن التمييز حدا بين وصف الفعل بالجريمة وعدم قدرته على ادراك ذلك الوصف ، فاعتبرت افعال بعض

---

(١) الاحكام العامة فى قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٥٠٨ .

(٢) الاحكام العامة فى قانون العقوبات ص ٥٠٩ .

الصغار جريمة ، وان لم يكونوا مشردين ، ولم يبلغوا سن الخامسة عشرة، وبينا قانون التشرد اتجه الى الاصلاح ، كان القانون العام متجهـــا الى العقــــاب .

تطور الاحكام بتطور القوانين :

وقد تطورت الاحكام فى ذلك بتطور القوانين ، والدور الاول هو فى القانون الصادر فى سنة ١٨٨٣ ، وقد جعل للانسان ثلاث مراحل :

المرحلة الاولى — تبدأ من الميلاد الى ما دون السابعة ، ولا يسأل الصغير جنائيا فى هذه الفترة ، كما نصت المادة ٩٤ .

والمرحلة الثانية — من السابعة الى الخامسة عشرة ، وفيها تختلف **حال التمييز عن حال عدمه ، فانه اذا ثبت للقاضى ان الصغير قد فعل ما فعل** بغير تمييز ، فانه لا يحكم بعقوبة ما ، لانه لا يعرف وصف الانفعال ، بل يحكم بتسليمه لاهله واذا لم يكن فى أهله من هو اهل للولاية عليه يسلم لمن يتكفل برعايته من اهل الشرف والاعتبار .

اما اذا ثبت انه فعل الفعل بتمييز ، فانه توقع عليه العقوبة التأديبية مع تخفيفها وجوبا فى الجنايات الى عقوبة الحبس على اختلاف تدرها تبعا **للعقوبة المقررة فى القانون للجريمة التى وقعت ، وفى الجنح الى قدر دون** ما يحكم به على من يكون بالغا .

والمرحلة الثالثة — هى مرحلة الرشد الكامل ، وتبدأ ببلوغ الخامسة عشرة ، فيسأل الجانى عن كل ما يرتكب مسئولية كاملة . وفى الحقيقة ان هذه السن لا تكون فى ضمن سن الصغار فى الشريعة .

القانون الاخير :

واستمرت هذه الاحكام معمولا بها الى سنة ١٩٣٧ ، ولكن حدثت من بعد ذلك تطورات كان آخرها القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ .

ويلاحظ أن القانون الصادر سنة ١٨٨٣ كان يضع أحكام الصغار فى ضمن اطار القانون العام ، من غير ملاحظة خاصة الا فى مقدار قـــوة احتمالهم للتبعة . وقوة ادراكهم لوصف الفعل بالاجرام او عدم ادراكهم **لذلك الوصف ، وفى القانون الصادر سنة ١٩٥٠ ، قد واءم ذلك القانون**

بين قانون التشرد الصادر سنة ١٩٤٩ واحكامه لتلاقى القوانين التى تعالج **حالة واحدة فى مصب واحد .**

ولذلك جاء القانون الاخير متضمنا انشاء محاكم خاصة بالاحداث ، وميزها بأحكام خاصة بالاجراءات ، وصارت لهم أحكام خاصة بهم ،ولا تطبق عليهم الاحكام التى تتعلق بالكبار من كل الوجوه .

وقد وضع القانون الاخير **الاحداث فى اربع مراحل :**

المرحلة الاولى — من الميلاد الى السابعة ، وهذه المرحلة لا مسئولية فيها قط : لان أساس المسؤولية العقل ولم يتكون بعد .

المرحلة الثانية — من السابعة الى الثانية عشرة ، وهى سن المراهقة ، وفيها يتكون تمييز ، وفى هذه الحال يكون الحكم كالشريعة ، فما يفرض من عقوبة يكون للتهذيب والتاديب ، فهى ليست جزاء على عمل وقع ، ولكن تهذيبا لكيلا يقع منه قابلا .

المرحلة الثالثة — من الثانية عشرة الى الخامسة عشرة وفى هذه المرحلة يعاقب الصغير ، ولكن تكون عقوبته دون عقوبة البالغ العاقل ، اذ انه مفروض انه لا يعاقب حتى يبلغ بالسن ، ولذلك يجوز للقاضى أن يستبدل بالعقوبة وسائل اخرى تقويمية ، وهو بهذا يلحقه جوازا بمن كان قبل الثانية عشرة .

المرحلة الرابعة — وهى التى تكون بعد الخامسة عشرة الى السابعة عشرة . وهذه المرحلة تكون المسؤولية كاملة ولكن لا يحكم عليه بالاشغال الشاقة المؤقتة او المؤبدة أو الاعدام .

وان القانون فى هذه الحال **يتجاذبه نظران بالنسبة للشريعة :**

النظر الاول — هو انه اعتبر سن البلوغ بالنسبة لتحمل التبعة تحملا كاملا يكون بعد السابعة عشرة ، وهو قريب من نظر ابى حنيفة بالنسبة للبلوغ بالسن . فان البلوغ بالسن عند ابى حنيفة مقدر بسبع عشرة سنة للصغيرة ، وبثمانى عشرة سنة للصغير .

النظر الثانى — انه اعتبر ثمة مسؤولية من وقت المراهقة ، وان كانت تجوزان تكون تاديبية ويجوز تحمل التبعة جزئيا بعد الخامسة عشرة ، وبذلك أخذ برأى جمهور الفقهاء فى البلوغ .

فالقانون قد مزج بين آراء الفقهاء فى البلوغ الطبيعى عند المراهقة ، وفى البلوغ بالسن بخمس عشرة سنة ، وبرأى الامام أبى حنيفة .

هذه خلاصة موجزة اشد الايجاز لنظر القانون الى الصغار وتحملهم للتبعات وهى لا تبعد عن الشريعة فى الجملة . والله سبحانه وتعالى هو الهـــادى .

ب ـ الجنـــــون

هذا هو السبب الثانى من اسباب ثبوت الولاية على النفس ، وهو الجنون ، ويدخل فيه العته على راى كثيرين من الفقهاء ، وانهم جميعا قد اتفقوا على أن كليهما يوجب الحجر ، ويحتاج الى ولى على النفس يرعاه ، ويعاونه ، والى ولى على المال يدير له امواله ، ويدبر امره ، وكلاهما مرض يقوم ببعض الاشخاص ، ويظهر فى التصرفات والاقوال والافعال .

حقيقة الجنون :

وموضع اختلاف الفقهاء هو فى حقيقتهما ، فبعض الفقهاء يعتبر العته قسيما للجنون ويقرر أن الجنون يصحبه هياج واضطراب بينما العتـــه يصحبه عادة خمول او هدوء ، وقد يكون معه تمييز ، وقد يكون غير مميز ، أما الجنون فانه لا يكون صاحبه مميزا الا فى لمحات عقلية عارضة غير ثابته، ولذلك لا يعطى حكم المميز ابدا عند تمييزه ما دام مريضا .

وبعض العلماء يعتبر العته حالا من احوال الجنون ، فان المجنون قد يستفيق فى بعض الاوقات ، وان كان جنونه مطبقـــا من حيث الحكـــم والاستمرار ، اذ أن الجنون اذا استمر شهرا يعد مطبقا ! ويستمر الشخص يأخذ حكم المجنون ، ولو استفاق فى بعض أوقاته حتى يتم شفاؤه ، وفى حال استفاقته الوقتية العارضة يكون معتوها ــ وانه على الراى الاول الذى يفرق بينهما يكون المجنون فى حال تمييزه قبل أن يشفى فى حكم المعتوه غير المميز .

ومن احسن ما قرات فى بيان حقيقة العته والجنون ما كتبه الشيخ عبد العزيز النجارى فى حاشيته على اصول فخر الاسلام البزدوى . فقد قال ما نصـه : « والعقل حقيقة يمكن الاستدلال بها من الشاهد على الغائب، والاطلاع على عواقب الامور ، والتمييز بين الخير والشر ومحله الدماغ . . . وفقده الموجب لانعدام آثاره ، وتعطيل افعاله الباعثة للانسان على افعال مضادة لتلك الافعال من غير ضعف فى عامة أطرافه ، ومن غير فتور فى سائر اعضائه ، يسمى جنونا » .

ومن هذا التعريف يتبين انه يجعل العته شعبة من شعب الجنون ، وليس قسيما له ، لان كليهما لا يكون معه تمييز بين الخير والشر ، ولا يكون به معرفة الغائب من الشاهد ، ولاتقديرلنتائج الامور فى المستقبل بما يراه من نتائج أمثالها الواقعة فيقيس ما ينتظر من نتائج الاعمال فى المستقبل ، ويعتبر بما هو حاضر شاهد ، فيعرف ان من يقتل يقتل وان من يغتصب مال الغير يعاقب ، وان من يعتدى على الناس يحبس ، ولانه يرى العقوبات تنزل بأولئك الذين يفعلون ذلك فيعتبر ، ويحكم على افعاله بمثل ما نالهم من عقوبات .

والشيخ النجارى يقسم الجنون الى ثلاثة اقسام (باعتبار سببه) :

القسم الاول — جنون جاء مع الخلق والتكوين اى ان الطفل يولد ناقص الادراك ويستمر عليه ، كما يولد اشل فى بعض الاعضاء ، ويقول فى هذا القسم : « انه نقصان جبل عليه دماغه ، وطبع عليه فى اصل الخلقة ، فلا يصلح لقبول ما اعد له ، وهذا النوع لا يرجى زواله ، ولا منفعة فى الاشتغال بعلاجه » فالحجر فيه دائم مستمر . وان الاطباء بتجاربهم وعلومهم يؤيدون ذلك الكلام .

القسم الثانى — الجنون الذى يكون سببه زوال الاعتدال الحاصل للدماغ بأن يعرض للعقل ذاته ما يجعله فى اضطراب ولا يكون معه الاعتدال الذى يكون به الاتزان فى الحكم على الاشياء وتقديرها ، ويقول فى هذا القسم : « انه عارض أوجب زوال الاعتدال الحاصل للدماغ خلقة ، وهذا النوع مما يعالج بما خلق الله تعالى من الادوية ، وفى النوعين تيقن بزوال العقل لفساد اصله ، أو عارض فى محله كما تيقن بزوال القوة الباصرة عن العين العمياء لفساد فيها بأصل الخلقة ، أو لعارض امر اصابها » .

والقسم الثالث — هو ما عبر عنه الشيخ النجارى بقوله : « انه استيلاء الشيطان عليه ، فيخيله الخيالات الفاسدة ، ويفزعه فى جميع أوقاته ، فيطير قلبه ، ولا يجتمع ذهنه مع سلامة محل العقل خلقة ، وبقائه على الاعتدال ، ويسمى هذا ممسوسا ، لخبط الشيطان اياه ، وموسوسا لالقائه الوسوسة فى قلبه (١) » .

---

(١) راجع هذا التحقيق فى حاشية فخر الاسلام القسم الرابع ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ ط

ولنا على هذا الكلام ملاحظتان :

الاولى — ان التسمين الاخيرين متلاقيان فى المؤدى والمعنى اللهم الا ان يقال ان الامر العارض الذى اوجب خللا فى الثانى اصاب ذات الدماغ وكيانه . أما الآخر ، فان كيان الدماغ فيه سليم ، والعارض من الخارج اوجد خللا فى التفكير ، ولم يوجد خللا فى مركزه .

الثانية — ان هذا القسم الاخير موضع غرابة عند الماديين الذين يكادون ينكرون الروح ، والجن ، وكل ما وراء المادة ، سواء اكانت طيبة أم كانت شريرة ، وقد خضع الناس او بعضهم زمنا طويلا لاقوال هؤلاء **الماديين وانكروا ان يكون تسلطا من الارواح على الاجسام البشرية ، ولكن** افكارا حديثة ظهرت فى أوساط الغرب ، وبين الماديين انفسهم ، وهذه الافكار تثبت الارواح ، وتثبت أن ثمة ارواحا شريرة ، وارواحا طيبة ، وان بعض الارواح قد يمس الشخص ، فيكون العلاج روحانيا ، بازالة هذا المس ، وان علاج هذا بما يشبه التعاويذ والرقى ، وقد قرر النجارى فى بحثه ان ذلك هو العلاج .

وان النجارى يقرر ان الشخص الذى به مس سليم العقل ، لان الجوهر سليم ، ولكن الاضطراب بسبب المس فى احوال دون احوال ، وكثير من هؤلاء ينالون درجات علمية ، وهم بهذه الاحوال مما يدل على أن جوهر التفكير سليم ولكن آفة اصابت المشاعر ، فأوجدت ذلك الاضطراب .

تعدد الآفات العقلية :

فى الواقع ان الآفات العقلية متعددة ، وكل واحدة لها اثر فى التفكير وتقرير الامور ، فمنها ما لا يجاوز اثره وان يجعل الشخص يغضب ، ويكثر غضبه ، واذا غضب يكون فى هياج شديد قد يفقد فيه الوعى والتقدير ثم لا يلبث ان يهدأ ، ويعود الى سيرته الاولى ، ولكنه يكون على استعداد لان يستفز بغير ما يوجب الغضب . ولا يعد هذا جنونا ، وان كان قريبا منه .

وقد تكون هذه الحال من مرض جسمى اثر فى بعض الاعصاب ، كبعض الحميات ، وقد يكون نتيجة وراثة ، كما يكون نتيجة لعارض من عوارض الحياة لخيانة زوجية ، أو فساد أولاد ، او اضطراب حياتهم ، او نحو ذلك من شؤون الحياة . وان هذا واشباهه لا يمكن ان يجعل الشخص فى صفوف قاصرى الاهلية باسقاط المسؤولية عنهم ، أو فرض

قوامة على رعايتهم وحياطتهم ، لان هؤلاء يستطيعون أن يحافظوا على أنفسهم ويصونوها ، ولا تخفف عنهم تبعات الاعمال التى يرتكبونها ، حتى لا يسترسلوا فيها ، وهم يستطيعون ان يضبطوا ارادتهم ، وتحميلهم تبعات أعمالهم يعينهم على سيطرة الارادة على نفوسهم .

الجنون المطبق وغير المطبق :

اذا تتبعنا احوال الناس نجد الاعراض التى تصيب بعضهم ، فتفقدهم التقدير الكامل فيكونون اصنافا تتدرج : ادناها الغضب الشـــديد الذى تضعف معه الارادة المسيطرة على النفس ، ويعلو عن هذه الحال حال العقد النفسية عند بعض الناس التى تجعلهم ينظرون الىغيرهم نظرات سوداوية ماقتة ، ثم تعلو حال بعض الناس ، حتى يفقدوا القوة العقلية ، أو ستر العقل ، ومنع التفكير السليم فى عامة الاحوال ، فاذا وصل الشخص الى هذه الحال ، فانه يعد مجنونا أو معتوها ، ويكون فى حاجة الى رعاية غيره ، وتسقط عنه تبعات الاعمال التى لا يكون فيها اعتداء على حقوق العباد على ما فصلنا فى الصغير ، وعلى ما نشير اليه قريبا فى المجنـــون الكبير .

وان الشخص الذى يصل الى هذه الحال من فقد الادراك أوالتقدير، قد يكون جنونه مطبقا وقد يكون جنونه غير مطبق ، فاذا استمر جنونه شهرا فأكثر ، فانه يكون جنونه مطبقا ، واذا استمر اقل من شهر ، فانه يكون غير مطبق .

وهناك اقوال اخرى فى التفرقة بين الجنون المطبق ، وغيرالمطبق ، فقيل المطبق ، ما يمكث سنة ، اذ بوجوده تسقط الفرائضالشرعية كلها فى مدار العام ، وقيل ستة أشهر ، ولا شك ان خيرها هو الشهر ، وهو المعمول به فى أكثر البلاد العربية ، وهو الذى نختاره .

وان الجنون بكل أنواعه يبطل التصرفات ، ويسقط التبعـــات فى وقت قيامه ، ولكن المطبق هو الذى يوجب قيام الولى على النفس .

عمـــل الولى على النفس

عمل الولى على النفس بالنســـبة للمجنون هو كعمله بالنســـبة للصغير ، اذ ان كليهما واجه الحياة ، بغير سلاح من العقل الذى يدبر

الامور ، ويجعل صاحبه قادرا على الدفاع عن نفسه ، والمحافظة على ذاته ، وطلب ما يحتاج اليه من غذاء وكساء ومأوى ، وعلاج ودواء .

فالولى على النفس لايتركه فى الطرقات بحيث يتعرض الناس لأذاه ، ويتعرض هو لأذى الناس ، ويكون مظهره معلنا فقــد كرامته .

ليس للولى التــأديب :

فى الجملة ، ما يجب على الولى بالنسبة للصــغير هو الذى يجب عليه بالنسبة للمجنون ، الا التأديب ، فان التأديب بالنسبــة له يــكون **تعذيبا لاجدوى منه ، وانه ليكون من القسوة أن يضربه الولى لانه ايذاء** لاجدوى فيه ، ولذلك رأينا الفقهــاء باجماع الآراء يمنعون تعزيره ، ولو على وجه التأديب ، لأنه ليس أهلا للعقاب ولا رجاء فى تأديبــه ، ويقرر الــكاسانى ـــ الذى نقلنا عنه أنه يجيز تعزير الصبى المميز ـــ بالنسبة **للمجنون أنه لا يجوز تعزيره ، لأن من لا عقل له لا يستحق العقــاب ،** والمجنون ليس عنده تمييز يجدى معه التــأديب ، وان كان له نوع من التمييز ، فان التأديب لا يجدى ، اذ كبرت سنه عن دور التأديب ، فيتعين التعزير تعذيبا وهــذا لا يجوز .

وان تعزيره لا يتفق مع الانسانية ، وكيف يسوغ ضرب شيخ هرم ويرجى بضربه تأديبه . ان ذلك لا تسوغه الرحمــة ولا الذوق السليم ، وهو مريض يعالج بالرفق ، ولا يعالج بالعنف ، والله سبحانه وتعــالى ولى التوفيق .

المطــالبة بعقوبة المعتــدى :

لــــا كانت المحافظة على نفس المجنون واجبة ، فان الولى يطالب بعقوبة كل من ينزلون به أذى ، فهو الذى يطالب بالقصاص والعقوبات المفروضة على من يعتدى عليه ، وهو الذى يطالب بدمه ان قتله أحــد ، وفى الجملة كل واجب بالنسبة للصغير هو واجب بالنسبة للمجنون والمعتوه .

وان المحافظة على الغير من أذاهما اصعب الأمور بالنسبة للولى ، وان ذلك لمن اصعب الواجبات اذا كان المجنون يصحبه اضطراب وهياج ، وان أسلم الطرق أن يقوم الولى بأحــد أمرين : اما حجزه فى مكان يأوى اليه غير مضيق عليه ، وتهيأ وسائل الرياضة المختلفة له ، أو يكون المكان الذى يحجزه فيه فسيحا لا يشعر معه بضيق حتى لا يعد حبيسا ، بحيث

يستطيع أن يتريض ، ويزاول ما يسليه ، وما لا يقطعه عن الحياة — واما ان يوضع فى احدى المصاح التى تكرم مثواه الاكرام المناسب لمن هو فى مثل حاله .

عقوبات المجنون :

هنا يجب أن نتكلم فى أمرين : وهما العقوبات من حيث وجوبها فى نفسه أو ماله ، والثانى أن نتكلم فى مسؤولية الولى على النفس بالنسبة لما يقع من المجنون ، سواء أكان يمكن الولى ان يحترز به عما اوقع ، أم كان لا يمكنه ، ووقع مع الاحتياط الكامل .

١ — وجوب العقوبات فى نفسه أو ماله :

بالنسبة لهذا الأمر الاول — نقول ان الحدود الشرعية لا تقام على المجنون ، لأنه غير مكلف ، اذ التكليف يقوم على العقل وهو ليس بعاقل ، ولا تكليف الا لقادر ، وهو عاجز .

فاذا زنى أو شرب او سرق او اشترك فى قطع الطريق ، لا يقام عليه الحد ، واذا كان المسروق قائما بذاته رد الى صاحبه ، وان كان قد استهلكه أو هلك فانه يضمن من ماله اذا لم يتجاوز عشر الدية ، فان تجاوزها ، فان التعويض يكون على عاقلته على ما بينا فى الصغير .

هذا ما يتعلق بالحدود ، اما ما يتعلق بالجنايات التى توجب قصاصا او دية ، أو عقوبة لأجل الاشخاص بصورة عامة ، فانها تؤدى من ماله ، او مال عاقلته ، وذلك لأن حقوق العباد لا تقبل السقوط بالاعذار .

ولقد قرر الفقهاء أن عمل المجنون هو من قبيل الخطأ اذ هو جار مجرى الخطأ ، والخطأ تجب فيه الدية ولا يجب فيه القصاص . وقد اختلف الفقهاء أتجب الدية فى ماله أم تجب على العاقلة ؟ قال الجمهور تجب على العاقلة ، وقال الشافعى فى احد قوليه ، تجب فى ماله ؟ وقد قال ذلك ابن قدامة فى المغنى :

« عمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعى فى احد قوليه لا تحمله ، لأنه عمد يجوز تأديبها عليه فأشبه العقل من البالغ، ولنا انه لايوجب القصاص لأجل العذر فأشبه الخطأ » (١) .

(١) المغنى ج ٧ ص ٧٧٦ طبعة المنار الثانية .

ويلاحظ على هـــذا الـــكلام امران :

احدهما ــ ان الشافعى فى احد قوليه لاحظ الناحية المادية ، وهو وجود قصد فعلى ، وان كان غير معتبر ، وان التأديب يمكن اعتباره ، فى ماله لا فى بدنه ، وان هذا التأديب يكون الدية تكون فى ماله ، ولعله قاس ذلك على حال اتلاف المال ، فانه يجب فى ماله ، اذ ان العاقلة تتحمـــل الجنايات على الأبدان ، والمجنون لا يمكن أن يعد عمله من قبيل الجناية ، ولو التى تكون على سبيل الخطأ ، ولأن الخطأ انما يعاقب صاحبه لأجل عدم الاحتراز ، وهذا يقتضى العقل الذى يفكر ويقدر ، وهذا لا يتصوره المجنون ، فلم يبق الا أن ينظر الى عمله على أنه اتلاف ، ويستوى فى الحكم اتلاف المال واتلاف النفس اذا أدى الى وجوب المـــال .

ان ثمرة الخلاف تظهر كما رايت فى وجوب المال على العاقلة ، أو وجوبه على شخصه باعتبار أن اتلافه يكون فى ماله ، ولـــكن يظهر أن ابا حنيفة يوجب عليه العقوبات المالية فيما يتعلق بجرائم القصاص ونحوها اذا تجاوزت عشر الدية ، أما ان كانت فى دائرة العشر فانها تجب فى ماله ، وذلك لما نقلناه من كتاب أحكام الصغار من أن العاقلة لا تعاون المرتـــكب فى المال الذى يجب عليه اذا كان لا يتجاوز عشر الدية كقاعـــدة عامة ، فتطبق هنـــا ، كما طبقت هنـــاك .

اتلاف المـــال : ان اتلاف المجنون كاتلاف الصبى يجب فى ماله ، ولا تجب على العـــاقلة ، والفرق بينهما وبين الجرائم التى تقع على الأبدان منه أن المال فىجرائم الأبدان لايثبت ابتداء ، بل يثبت تبعا للعقوبة الاصلية عند تحقق شروطها اى انه يجب بدلا عنها ، فالعاقلة تشترك فى النتائج، لما بينها من تعاون فى جلب الخير ودفع الفساد ، وأما اتلاف المـــال فانه يجب فى ماله ابتـــداء .

ذلك أن جرائم الأبدان يجب فيها القصاص ابتداء ، لأنه هو الاصل، ولـــكن تعذر القصاص لعدم توافر القصد الصحيح ، فوجب العقـــاب بالمال ، وهو قد وجب بدلا من غيره ، وهذه البدلية تثبت مقترنة بتخلف العقل ، فتكون كالخطأ ، تجب على العاقلة عند الجمهور. اما اتلاف المال فان السبب فى ثبوته أن المجنون له ذمة تتحمل الواجبات المـــالية بتسليم عوض ما أتلف ، فيجب ابتداء فى ذمته ، وهى تتحمـــل الديون فتتحمـــل بدل الاتلاف .

٢ — مسؤولية الولى بالنســبة لمـا يقع من المجنون :

هذه أحكام الشريعة فى ضمان ما يتلفه المجنون من اموال ، قد بينا أن ذلك هو حكم الصغير والنتائج فى الغرامات المالية التى تقع بالنسبة لاعتــدائهما على الأنفس والأبدان .

ومنها يتبين أنه لا تبعة على الولى الا بمقدار تقصيره فى المحافظة ، بحيث يكون فى استطاعته منعه ولم يمنعه ، ويعزر هو على أساس هذا التقصير ، واذا كان قد حرضه على الاتلاف يضمن على اساس هــذا التحريض . وذلك حكم المجنون والصغير على ســواء .

وهل يتفق ذلك مع احكام القــانون المدنى والجنــائى ؟ نقول انه للاجابة عن ذلك السؤال **نقرر ان فى القانون نظريتين :**

النظرية الاولى : انه يتحمل الولى على النفس عن المجنون والمعتوه والصبى غير المميز نتائج اخطائهم ، وذلك بتحمل المسئولية المدنيــة ، فلا يؤخذ التعويض المالى من مال المجنون بل يؤخذ من مال الولى على النفس ، لأن فاقد العقل لا يعد مسئولا عن شىء ، وقد فقد الارادة التى تتحمــل تبعات الأفعال ، فلا يؤاخذ بشىء مما يفعــل ، وانما على القوامين عليه **أن يقوا الناس من سوء فعله ، أو يودع احدى المصاح ، أوتور الاصلاح** او يحجز فى مكان لــكيلا يؤذى أحدا ، فان قصر الولى فى ذلك ولم يفعل وهو يستطيع الفعل ، فان عليه مسئولية مدنية لا جنــائية ، الا اذا كان ثمة تحريض ، فان عقوبة الولى تكون على التحريض ، وان هذا المبدأ يتفق مع المسئولية المدنية العامة فى القــانون المصرى .

وقــد قال الاســتاذ الدكتور على راشــد ما نصــه :

« لا يمنع الجنون أو العاهة العقلية من امكان قيام المسئولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن العمل الاجرامى ، فى مواجهة الشخص المسئول عن المتهم المصاب بالجنون ، أى المــكلف برعايته ، وكان ذلك تطبيقــا للمبادىء العامة فى المسئولية المدنية عن فعــل الغير (١) » اى ان ذلك تطبيق لقاعدة القانون المدنى التى تحمل المتبوع الأضرار الناجمة عن فعل التــابع .

---

(١) موجز القانون الجنائى ص ٣١ .

والنظرية الثانيــة ــ اعتبار المجنون هو المسئول عما يترتب على افعاله من اضرار ، فتؤخذ من ماله ، ان كانت له أموال ، وبهذا اخــذ القانون الالمانى والقانون السويسرى ، بل ان هذين القانونين ليسوغان المسئولية الجنائية على فاقد العقل اذا كان له دخل فى فقسد عقله كأن يكون الفقد للعقل نتيجة تناول المسكرات والمواد المخدرة ، والظاهر ان **ذلك لايكون عند فقد الادراك والقصد فقدا تاما ، بل يكون لمن عنده نقص** فى الادراك لا فقــد له .

وان الشريعة الاســلامية فى الحقيقة وسط بين النظريتين ، لانها جعلت فاقد العقل مسئولا مسئولية مدنية اذا أتلف المال ، وكانت جنايته **منصبة عليه ، اما اذا كانت جنايته على البدن ، فانها اشركت العاقلة فى** دفع الدية على التفصيل والخلاف الذى بينــاه آنفا .

والقــانون المصرى اخذ الشــطرا من النظريتين .

فاخذ بالنظرية الثانية بأخذ التعويض من الاضرارالناشئة من عمل المجنون نفسـه ، اذا لم يكن لهولى مسؤول عنه يحافظ عنه فقد ذكرت المادة ١٦٤ من القانون المدنى الجديد أنه يحكم بتعويض يؤخذ من مال المجنون عن الاضرار التى تنشأ من فعله ، اذا لم يوجد شخص مسؤول عنه ، أو وجد ، ولكن تعذر الحصول منه على تعويض .

وبهذا يتبين أن القانون المدنى أخذ بالنظرية الثانية ، ولكنه وضع قيدا لها وهو « اذا لم يكن ولى يمكن اخذ التعويض منه » .

وان ذلك تبسة من الشريعة ، وان واضعى القانون المدنى كانوا على مقربة منه ، ويظهر انهم فى هذا تبضوا تبضة من الشريعة ، وان لم يسيروا الى مدى بعيد فى هذا وفى غيره مما اخذوه ، فلم يزيدوا على قدر يسير مما **يرون من المنــاسب الاخــذ من الشريعة فيه .**

لا تعزير على المجنون ، ولكن يحجز :

وانه يلاحظ ان الحكم بالدية أو الضمان من مال المجنون والصغير لا يمنع ولى الامر من ان يعمل على حجز المجنون فى اماكن بعيدة عن ان ينال **الناس بالاذى ، أو ان يقتلوه ، أو يثيروه ، فانه لايؤمن بقاؤه بين الناس،** وذلك من الحسبة الاسلامية ، وقد كانت البيمارستانات قائمة فى الديار

الاسلامية لمعالجة الامراض بكافة انواعها ، وان هذا احتياط أوجبه القانون المصري ، فقد جاء فى قانون العقوبات فى المادة ٣٤٢ ما نصه :

« اذا صدر امر بأن لا وجه لاقامة الدعوى ، او حكم ببراءة المتهم، وكان ذلك بسبب آفة عقلية ، تأمر الجهة التى اصدرت الامر او الحكم اذا كانت الواقعة جناية أوجنحة عقوبتها الحبس — بحجز المتهم فى احد المحال المعدة للامراض العقلية الى أن تأمر الجهة المختصة باخلاء سبيله » .

هذا ما تقوم به الجهة القضائية ، عند وقوع واقعـــة من المجنون وتجعله متهما ، وذلك بلا ريب علاج للداء ، بعد وقوع بعض اضراره ، واذا لم يكن وقائع ، ولكن وجدت بوادر تؤكد احتمال وقـــوعه فى جرائم احتمالا راجحا ، وان لم تقع ، فان المنطق الفقهى يوجب ان يعمل الولى على حمايته وحماية الناس منه ، لان ذلك واجبه الاصلى ، اوجبه الشرع ، فان كان يستطيع ذلك قام به وبمن يعاونه وان كان لا يستطيع ذلك وجب عليه أن يعملا على حجزه فى احدى المصاح المخصصة لذلك ، فهى فى الواقع تحجز وتعالج ، وقد يمن الله تعالى عليه بالشفاء .

ويجب ان يلاحظ أن الولى على النفس اذا قصر فى المحافظة على نفس المولى عليه حتى آذى نفســـه ، كان لولى الامر نزعـــه من يده ، أو تعزيره على تقصيره ، لان المجنون (كالصغير) فى يده كالوديعة فى يد الوديع تجب عليه رعايته كمال الرعاية . والله ولى الجميع .

جـ ـ الانوثة

الانوثة من أسباب الولاية على النفس بذاتها من غير ان تكون مرتبطة بصغر او آفة من آفات العقل ، وهى تدخل فى عموم الصغار ، وفى عموم المؤوفين بآفات عقلية ، ولكنها مجردة من وصفى الصغر والجنون توجب الولاية ، وهى ولاية الصيانة والحفظ ، وولاية التزويج .

وان الانوثة سبب من اسباب الولاية على النفس فى حدود ليست كحدود الصغر وما يشبهه ، بل هى حدود فيها سعة ، وفيها نوع اطلاق بالنسبة لموضوعى الولاية .

سبب الولاية على الانثى :

واساس الولاية على النفس بالنسبة للانثى هو كون المراة **بطبيعة تكوينها** عرضة لآفات المجتمع اكثرمن الشباب ، واذا أصيبت بآفة من آفاته كانت فى نفسها اعمق تأثيرا ، وفى كرامتها ابعد اثرا ، وما يمسها يمس اسرتها بالعار ، ان مست سمعتها .

وان الاسلام الذى يريد المجتمع نزها عفيفا ، يدعو الى الا تغشى المراة مجتمعات الرجال الا بقوة من الاخلاق الفاضلة ، والارادة القوية ، وذلك كله لايكون الا اذا كانت هناك مشاركة لها فى المحافظة على نفسها ، والمحافظة على سمعتها وعلى شرفها ، وكان لابد ان يكون الشريك لها فى ولايتها على نفسها من اسرتها التى تتصل بها فى كل ما يعليها او يخفضها ، فانها ان علت ، صانت اسرتها ولم تمسها ، وان انخفضت انخفضت معها سمعة الاسرة .

وفوق هذا وذاك ان المراة بطبيعة تكوينها النفسى عاطفتها قوية لتتلاقى تلك العاطفة مع ماهياها الله تعالى له من شرف الأمومة ، اذ هى التى تغذى اطفالها بأنبل العواطف الاجتماعية ، وهى اذ تدر على طفلها لبن ثديها يتغذى به تودع فيه مع هذا اللبن عاطفة المحبة الانسانية ،

وروح المشاركة العامة ، وتهذب غرائزه ، لتجعله اليفا بين النـــاس ، يشاركهم سراءهم وضراءهم ، كما تعود هذه المشاركة فى داخل أسرته من أمه الرءوم. وان قوة العاطفة تجعل صاحبها عرضة للتأثر بالمجتمعات **خيرها وشرها ، والشر بطبيعته اقرب استهواء للنفوس لأنه يجيئها من** قبل أهوائها ، فتكون النفس اكثر استجابة ان لم يكن قوة لائمة من مهذب **نفسي كامل .**

الرجال قوامون على النســـاء :

ولأجل هذا جعل الاسلام نوع قوامة للرجال على النساء ، فقــد **قال تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على** بعض ، وبما انفقوا من اموالهم ، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله » .

ونرى النص يجعل قوامة الرجال على النساء بسبب ما فضل الله به تكوين الرجال ، فجعل العقل مسيطرا على افعـــالهم ، وبسبب انهم يتحملون الواجبات المالية ، وتلك اشارات الى ان المراة لا يكون عملهـــا خارج البيت للـــكد والـــكدح وكسب المـــال ، بل عملها يكون لتربيـــة الأولاد ، وادارة مملـــكة الأسرة الصغيرة ، اذ هى راعيتها ، والقوامة عليها فى داخلها ، والرجل قوام على الجميع لتوفير المال ، وحماية الأسرة بقوة الرجولة وقوة العقل المدبرة الدافعة للشرور والآثام حتى لا تحوم حول عش الأسرة الذى كرمه الله تعالى .

وليست هذه القوامة قهرا واذلالا، وتحكما ، بل هى حماية ورعاية ، وقيام بالواجب ، وليست استمتاعا بحق فليست حقا خالصـــا للرجل ، ولـــكنها واجب عليه ، يرعاه حق رعايتـــه .

فالولى على النفس يصون الفتاة ما دامت لم تتزوج ، ويشاركها فى اختيار زوجها اذا تزوجت ، وهى فى حياتها الزوجية تحس بأن بيته هو الـــكنف والمـــآل لها ، ان لم تصلح حياتها الزوجية ، وهى بمقتضى عاداتنا الاسلامية تستعين به فى رفع اذى الزواج ان كان يؤذيها .

واذا انفصلت من زوجها ، او انتهت حياتها الزوجية لا تجد مأوى لها الا بيت الولى على النفس ، او أن تعيش فى كنفه وظله وحمايته .

ولذلك كانت **مظاهر الولاية على النفس بالنسبة للأنثى :**

١ ــ ولاية ضم الفتاة الى حيث يقيم وليها ، ولو بلغت سن الرشد، مادامت لا تؤمن على نفسها ، الا اذا عنست أو أصبحت قادرة على القيام بشئون نفسها من غير حماية أحد .

٢ ــ ولاية التزويج بأن يشاركها فى اختيار الزوج سواء أكانت بكرا أم كانت ثيبا على تفصيل فى ذلك نبينه عند الكلام فى ولاية التزويج ان شاء الله تعالى .

٣ ــ اذا انتهت حياتها الزوجية عادت ولاية الضم ان كانت غير مأمونة على نفسها .

وفى الجملة الولاية على المرأة البالغة العاقلة هى حماية ورعاية ، وليست قهرا واذلالا ، والله سبحانه وتعالى ولى المؤمنين .

زمن الولاية على النفس

زمن الولاية على النفس هو زمن بقـــاء تستمر باستمراره وتنتهى بانتهـــائه ، فان كان السبب هو الصـــغر فانها **تنتهى بالبلوغ** . واذا كان السبب هو الجنون ، فانها **تنتهى بالاستفاقة** ، وتستمر باستمراره ، واذا كان متقطعا ، فانها تكون حيث يكون الجنون قائما ، وتزول اذا زال . واذا كان السبب هو الانوثة فانها تستمر ما دامت الانثى غير مأمونة على نفسها، **فاذا صارت مأمونة** على نفسها ، أو لايخشى عليها الفســاد ، فان الولاية على النفس بالحفظ والصيانة تنتهى . وأما بالنسبة لولاية المشـــاركة فى اختيار الزوج ، فانها تستمر لأن هذا النوع من الولاية على النفس يستمر، **اذ السبب فى وجوده ليس مصلحة المراة فقط، بل صلاحيتها لانشاء عقد الزواج** على قول الاكثرين من الفقهاء ومصلحة الاسرة ، ولذلك تستمر مؤبدة غير مؤقتة بوقت ، عند الجمهرة من الفقهاء ، وتنتهى بالبلوغ عند غيرهم .

١ ــ البلــوغ

البلوغ بالحلم والبلوغ بالسن :

تنتهى الولاية على الصغير بزوال السبب الذى أوجب عجــزه عن حماية نفسه ، وأوجب تربيته وتهذيبه وهو الصغر، والصغر ينتهى بالبلوغ ولكن ما حدود البلوغ ؟ لقد حد القرآن الكريم البلوغ الطبيعى فقال تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا ، فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا ، ومن كان غنيـــا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » .

ونرى من هذا أن البلوغ هو بلوغ النكاح ، وهو كاف لاثبات البلوغ بالنسبة للولاية على النفس ، أما بالنسبة للولاية على المال ، فانها لا تزول بمقتضى هذا النص الا ببلوغ النكاح وبلوغ الرشد معا ، ولذا علق دفــع أموالهم اليهم بقوله سبحانه : « فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهــم أموالهــم » .

بالنسبة للصغير :

وعلى ذلك تنتهى الولاية على النفس للصغير ببلوغه الطبيعى ، والبلوغ الطبيعى هو بلوغ النكاح ، والحد الادنى لبلوغ النكاح بالنســبة للصغير ، هو بلوغ اثنتى عشرة سنة ، فلا يتصور بلوغ النكاح بما دون ذلك بالنسبة للصغير، ولذلك تسمى سنه هذه هى سن المراهقة ، اذ انه يحتمل بلوغه النكاح فى هذه السن ، ولا تتصور فيما دون ذلك . وعلى ذلك اتفق الفقهاء .

بالنسبة للصغيرة :

أما بالنسبة للصغيرة ، فان الولاية على النفس لا تنتهى من حيث الحفظ والصيانة بمجرد البلوغ الطبيعى ، بل لابد من بلوغ أمر آخر ، وهو

الأمن على نفسها ، وبالنسبة لولاية التزويج تبقى ما بقيت ، بيد انها تختلف حالها قبل البلوغ الطبيعى عنها بعده ، فانها قبل البلوغ تكون الولاية اجبارية بمعنى انه لا يكون لها اختيار فى امر زواجها ، أما بعد البلوغ الطبيعى فانها تكون بالمشاركة فى اختيار الزوج ، ويتولى هو صيغة العقد على رأى جمهور الفقهاء ، فنوع الولاية فى الزواج يختلف فى الحالين : حال ما بعد البلوغ . وحال ما قبله . والأولياء يختلفون بالنسبة للأنثى ، فى الولاية على النفس ، فولاية الحفظ والصيانة تكون لكل العصبات باتفاق الفقهاء جميعا ، وبالنسبة للزواج يختلفون مابين مضيق وموسع مع الاتفاق على اصلها عند الجميع ما عدا ابا حنيفة رضى الله عنه .

البلوغ الطبيعى :

هذا والبلوغ الطبيعى وهو بلوغ النكاح ابتداء ، لا يصدق بالنسبة للمرأة فيما دون التاسعة وعند بعض الفقهاء دون العاشرة ، وعلى ذلك يكون سن المراهقة هو التاسعة بالنسبة للصغيرة ، أو العاشرة على الخلاف ، والثانية عشرة بالنسبة للصغير على ما اشرنا .

الاختلاف فى سن البلوغ الطبيعى :

اذا لم تظهر أمارات بلوغ النكاح بعد الثانية عشرة للصغير ، وبعد التاسعة للصغيرة ، فانه يكون البلوغ بالسن ، وهى بلوغ الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة للصغيرة والصغير على السواء ، وقال او حنيفة رضى الله عنه بلوغ السن للصغير ببلوغ ثمانى عترة ، وبلوغه للصغيرة ببلوغ سبع عشرة سنة .

وحجة جمهور الفقهاء فى تقدير السن بخمس عشرة سنة ما روى عن ابن عمر رضى عنهما انه قال « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد ، وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزنى ، وعرضت عليه يوم الخندق، وانا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى ». فالنبى صلى الله تعالى عليه وسلم قبل ابن عمر فى المقاتلين وهو ابن خمس عشرة سنة ، فدل ذلك على انه بلغ مبلغ الرجال فى هذه السن ، وان بلوغ حد الرجولة بهذه السن ، ولان البلوغ الطبيعى لايتأخر عن ذلك عادة الا لآفة جسمية ، وان التقدير بالسن قائم على تقدير البلوغ الطبيعى ، فتكون هذه المدة هى الحد الاعلى لبلوغ النكاح وان لم تظهر اماراته اولم يدعها الصغير او الصغيرة».

وحجة ابى حنيفة رضى الله عنه تقوم على رأى صحابى فقيه ، وهو راى ابن عباس ترجمان القرآن ، فقد فسر قوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن حتى يبلغ اشده » بأن بلوغ الاشد يكون ببلوغ ثمانى عشرة سنة فكان هذا حدا اعلى للبلوغ بالسن اذا لم تظهر امارات دالة على البلوغ الطبيعى ، وقد نقص سن الصغيرة الى سبع عشرة سنة ، لان بلوغها الطبيعى يسبق بلوغ الغلام بدليل ان سن المراهقة عنده هو بلوغ الثانية عشرة وسن المراهقة عندها هو بلوغ التاسعة .

اثر البلوغ فى رفع الولاية على النفس :

لا شك ان الاحتياط لرعاية المولى عليه ذكــرا كان او انثى يوجب الاحتياط فى تقدير السن اذا لم تظهر امارات دالة على بلوغ النكـــاح ، والاحتياط يوجب ان يكون هناك شبه يأس من ان تظهر امارات النكاح ، الا بأمر آخر غير مجرد الطبيعة البشرية كعلاج ، او دواء او جراح ، او نحو ذلك .

ويلاحظ امران :

أولهما — ان الاتجاه الى السن انما يكون اذا لم يدع المراهق انه راى الامارات . فان ادعى الصغير او الصغيرة انه راى الامارات الدالة على ذلك قبل قوله ، لأن الظاهر لايكذبه ، والأمر لايعرف الا من جهته ، فكان القول قوله ، فاذا اختار ولى الصغيرة زوجا لها ، وزوجها من غير اختيار لها ، فادعت انها رات الحيض وأن تزويجه لا ينفذ عليها ، لان الولاية عليها ليست ولاية اجبارية ، اذ انها قد بلغت ، فالولاية عليها ولاية اختياروانها احق بنفسها من وليها فالقول قولها ، وكذلك الامر بالنسبة للصغير .

الامر الثـــانى : الذى تجب ملاحظتـــه ان الصـــغير اذا بلغ البلوغ الطبيعى ، سواء برؤية امارات النكاح ، أم بالسن ترفع عنه الولاية على النفس ، ولكن تبقى لذا كان يخشى عليه الفســـاد ، اذا كان يصطحب الاشرار ، وتعود معهم اخلاقا فاسدة ، فانها تبقى حتى تستقيم اخلاقه أو ييئس من صلاحه ، فيترك حبله على غاربه ، كما اشار الاثر المروى عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم . هذا ما يتعلق بالصيانة والحفظ ، اما ما يتعلق بولاية التزويج ، فانها تثبت له كاملة اذ لا وجه لبقائها ، وأن الذى ابقى ولاية الصيانة ، انما هو الاحتياط له ، ورجاء اصلاحه .

سن البلوغ فى البلاد العربية

وانا نقــرر ان المعمول به فى مصر الى الآن هو أن سن البلوغ هو الخامسة عشرة على اساس البلوغ بالسن ، وكان ذلك هو المعمول به فى البلاد العربية الى أن صدر قانون حقوق العائلة التركى ١٩١٧ ، فتغير الوضع بالنسبة للبلوغ فى سن الزواج اذ كانت اكثر البلاد العربية تابعة فى الحكم فى الاحوال الشخصية للسلطنة العثمـانية . وانه لا تزال اكثر احكامه ، بل كلها الا فى بعض الشكليات معمولا بها فى لبنـــان .

القـــانون اللبنــانى

قانون حقوق العــائلة العثمانى اخذ برأى أبى حنيفـــة فيما يتعلق بالبلوغ وقد اخذ بذلك القانون اللبنانى وقد نص على ذلك فى المواد٤،٥،٦ وهذا نصها :

المادة ٤ ــ يشترط ليكون الخاطب حائزا اهلية النكاح أن يتم الثامنة عشرة ، والمخطوبة ان تتم السـابعة عشرة .

المادة ٥ ــ اذا راجع المراهق الذى لم يكمل الثامنة عشرة من العمر وبين أنه بلغ ، فللحاكم الاذن بالزواج اذا كانت حاله تتحمل ذلك وأذن لها وليها .

المــادة ٦ ــ اذا راجعت المراهقة التى لم تتم السابعة عشرة من العمر وادعت انها بلغت وكانت حالها تتحمل ذلك يأذن لها بالزواج اذا أذن لها وليها .

ومن هذه المواد يتبين ثلاثة امور :

اولها ــ انه اخذ بمذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فيما يتعلق بالبلوغ بالسن ، فلم يأخذ بالرأى الذى يقرر أن البلوغ بالسن يكون بخمس عشرة ســـــنة .

ثانيها ــ انه فتح الباب لادعاء المراهق والمراهقة البلوغ . وأجاز للحاكم أن يأذن بالزواج اذا تبين أن حالها تجعلهما يتحملان الزواج ، وقد اجملت المادة معنى التحمل ، فلم تبين نوعه أهو التحمل الجسمى ، أم التحمل المادى . ومن اطلاق المادة ، أو عمومها يتبين أن يراد الأمران من التحمل، اى التحمل البــدنى ، والتحمل المــادى معا .

ثالثها ــ انه بالنسبة للمراهقة اشترط اذن الولى، لأن قانون حقوق العائلة العثمانى المطبق فى لبنان اشترط لعقد الزواج رضا الولى بالنسبة للزوجة ، فهو قد اخذ بالراى الذى يجعل رضا الولى شرطا فى زواج المراة، ولو كانت بالغة ، على ما سنبين ان شـــاء الله تعالى .

وقد أخذ بالنسبة للصغار فى الزواج بقول من يقولون عدم صحة زواج من لم يبلغوا سن الزواج ، وهو راى ابن شبرمة وعثمان البتى من فقهاء العراق ، وابى بكر الاصم من فقهاء التخريج فى المذهب الحنفى . ولذلك فضل من البيان نتكلم فيه عند الكلام فى الولاية على النفس بالنسبة للتزويج ، ان شاء الله تعالى .

القانون الســورى

كان القانون السورى متأثرا الى حد ما بقانون حقوق العائلة لانه كان مطبقا بسوريا الى أن صدر القانون المنظم لاحكام الاحوال الشخصية فيها سنة ١٩٥٣ ، وقد كان قانون حقوق العائلة التركى من مصادر ذلك القانون، فقد جاء فى المذكرة الايضاحية منه ما نصه :

« واصدرت الحكومة العثمانية فى سنة ١٢٩٣ هـ مجلة الاحكـــام العدلية ، ثم فى سنة ١٣٣٦ قرار حقوق العائلة المعمول به الى اليوم ، واخذت فيه بطائفة من احكام المذاهب الثلاثة ، واختارت بعض الاقوال غير الراجحة فى المذهب الحنفى ، واخذت احكاما من غير المذاهب الاربعة التى استقر عليها العمل » ... وبعد ذلك بينت المذكرة ما اعتمد عليه القانون فقالت : « اعتمد فى اعداده على خمسة مصادر :

أولا ــ قانون حقوق العائلة الذى جرى عليه العمـــل ، وتعارفه الناس ،وبنيت عليه الاجتهادات القضائية .

ثانيا ــ القوانين المصرية مع بعض التعديل احيانا لما يوافق المصلحة المحلية .

ثالثا ــ الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية لقدرى باشا .

رابعا ــ ما رات اللجنة الاخذ فيه بمذهب غير المذهب الحنفى ، وما وضعته فى مواد التنظيم التى لا تنافى الحكم الشرعى .

خامسا ــ مشروع الاحوال الشخصية لقاضى دمشق » .

وبذلك يتبين انه جعل المصدر الاول لقانون سنة ١٩٥٣ السورى قانون حقوق العائلة العثمانى الذى كان العمل عليه وجرى فيه اجتهاد القضاء ، وصقله التطبيق ، وانه بالنسبة للولاية على النفس والاجراءات السابقة للزواج ، قد اخذ بما جاء فيه وادخل تعديلات بعدت به قليلا عن أصله .

فهو قد اعتبر فى السن المؤهل للزواج راى ابى حنيفة ، وهو ان يكون ببلوغ ثمانى عشرة سنة للصغير ، وسبع عشرة للصغيرة .

واجاز للمراهق ان يطلب الاذن بالزواج ، ولكن قيد ذلك بأن يكون **الغلام قد بلغ الخامسة عشرة ، وان تبلغ المراهقة الثالثة عشرة .**

ولم يطلق المراهقة كما أطلقها قانون حقوق العائلة العثمانى، اذ انه لم يقدر سنا ، وترك ذلك لبلوغ النكاح وهذا ما نص عليه فى المواد ١٦، ١٨، وتلك هى نصوص هذه المواد :

المادة ١٦ ــ تكمل أهلية الزواج فى الفتى بتمام الثامنة عشرة ، وفى الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر .

المادة ١٨ ــ اذا ادعى المراهق البلوغ بعد اكماله الخامسة عشرة ، او المراهقة البلوغ بعد اكمالها الثالثة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضى اذا تبين صدق دعواهما ، واحتمال جسميهما .

وتبين من هذا ان القانون السورى فيما يتعلق بالبلوغ لاهلية سن الزواج **خالف قانون حقوق العائلة العثمانى** الذى يعتبر مصدرا تاريخيا له فى كثير من مواضعه فى أمرين :

اولا ــ انه حد سن المراهق ، ولم يتركه للطبيعة الجسمية لكل من الصغير والصغيرة ، بل جعله للصغير خمس عشرة سنة ، وللصغيرة ثلاث عشرة سنة ، ولم يترك المراهقة لاصل التقدير الفقهى للحد الادنى بالنسبة للصغير والصغيرة واشترط موافقة الولى على النفس اذا كان الأب أو الجد العصبى فى هذه الحال .

ثانيا — انه لم يترك الامر لاخبار الصغيرين ، اذ يكون القول قولهما فى ذلك ، اذ هو امر لايعرف الا من جهتهما ، بل اشترط لقبول كلامهما والاذن لهما تبين صدقهما ، ولكن لم يبين طريق التعرف لصدقهما — أهى مظاهر حالهما ، أم هو الكشف الطبى فى هذه الحال ؟ لم يبين ذلك ، وكان الاولى أن يبين طريق تعرف الصدق فى قولهما ، أو يترك الامر لما يقرره الفقهاء فى معرفة حال البلوغ ، كما فعل مصدره ، وهو القانون العثمانى ، لان ترك ذلك اذا رجع فيه القضاء الى الفقه لم يخرج عن القانون وبذلك لم يأت القانون بجديد فى هذا ولم يكن لعبارة تبين صدقهما مدلول خاص يحدد معناها ، وان كان الأمر متروكا لتقدير القاضى ، فانه لايوجد قيد يقيد القضاء ، وقد يأخذ بفكره الفقهاء .

ويلاحظ ان القانون السورى بالنسبة للولاية المالية ، جعل السن ينتهى بثمانى عشرة سنة بالنسبة للغلام والأنثى من غير تفرقة بينهما . فقد نصت المادة ١٦٢ على ذلك فقالت : القاصر من لم يبلغ سن الرشد ، وهى ثمانى عشرة سنة كاملة .

وجاء فى ثنايا الكلام ما يدل على أن الولاية تكون على المجانين والمعاتيه والصغار مع المال تكون على النفس مع حد هذه السن ، وقد نص فى هذا على اعمال الولى على النفس . فجاء فى المادة ١٧٠ ما نصه :

١ — للاب والجد العصبى ولاية على نفس القاصر وماله ، وهما ملزمان بالقيام بها .

٢ — لغيرهما من الاقارب بحسب الترتيب المبين فى المادة ٢١ ولاية على نفسه دون ماله .

٣ — يدخل فى الولاية النفسية سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه الى حرفة اكتسابية والموافقة على الزواج ، وسائر امور العناية بشخص القاصر .

ويستفاد من تعريف القاصر ، وبيان سلطان الولى على النفس أن جعل السن ثمانى عشرة سنة للغلام ، وسبع عشرة للفتاة هو بالنسبة للزواج اما بالنسبة للولاية بشكل عام ومنها الولاية على النفس فانها تستفاد من تعريف القاصر الذى بينته المادة ١٦٢ ، فان القصر يزول ببلوغ الشخص الثامنة عشرة عاقلا ، وعلى ذلك تكون الصغيرة فى ضمن الولاية بقسميها حتى تبلغ الثامنة عشرة بمقتضى القانون السورى .

وعلى ذلك نقول ان البلوغ قسمان :

احدهما — بالنسبة للزواج وهو ما ذكر أولا .

والثانى — بالنسبة لولاية الحفظ والصيانة ، فانه يكون ببلوغ ثمانى عشرة سنة للصغير والصغيرة على سواء .

القانون الاردنى

سمى قانون الاحوال الشخصية فى الأردن قانون حقوق العائلة وهى تسمية متلاقية مع القانون العثمانى ، وتدل على مقدار التقارب بينهما ، وان كان قد نص على الغائه فى المادة ١٣٠ وهذا نصها :

« تلغى القوانين التالية :

١ — قانون حقوق العائلة العثمانى لسنة ١٣٣٦ .

٢ — قانون حقوق العائلة المؤقت الاردنى رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٧ .

٣ — اى تشريع عثمانى او اردنى او فلسطينى صدر قبل سن هذا القانون الى المدى الذى ستكون فيه تلك التشريعات مغايرة لاحكام هذا القانون » .

ولكن ما لا نص فيه من أحكام الاحوال الشخصية فى هذا يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابى حنيفة ، وقد نصت على ذلك المادة ١٢٩ ، هذا نصها : « ما لا ذكر له فى هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابى حنيفة » .

وقد صدر ذلك القانون فى سنة ١٩٧٠ هـ — ١٩٥١ م .

ويهمنا ان نقرر انه بالنسبة لسن البلوغ أخذ بالاصل الذى اخذ به قانون حقوق العائلة مع تغيير فى سن المراهقة . واختلف فيه مع القانون العثمانى وخالفه فيه القانون السورى ، واليك نص المادة الرابعة المشتملة على ذلك ، فهى التى بينت أحوال السن :

المادة ٤ — يشترط فى اهلية النكاح ان يتم الخاطب الثامنة عشرة ، والمخطوبة السابعة عشرة من عمرها .

(أ) واذا كان طالب النكاح مراهقا لم يكمل الثامنة عشرة وراجع القاضى واقنعه بانه اكمل الخامسة عشرة من عمره وانه يتحمل فللقاضى ان ياذن له بالزواج » .

(ب) وكذلك اذا راجعت المراهقة البالغة الخامسة عشرة ، ولم تكمل السابعة عشرة من عمرها القاضى ، وطلبت منه الاذن بالزواج برضا وليها ، فاذا رآها القاضى متحملة الزواج » فله ان ياذن لها بذلك .

ومن هذا يتبين أن القانون الاردنى خالف قانون حقوق العائلة العثمانى فى انه قيد سن المراهقة التى يسوغ فيه الاذن بالزواج بأن يكون الخامسة عشرة ، ولا يقبل ادعاء البلوغ قبل هذه السن ، وكأنه أخذ براى ابى حنيفة

الذى حد البلوغ بثمانى عشرة وسبع عشرة ، واعتبر فى الجملة راى جمهور الفقهاء الذى اعتبر البلوغ بالسن هو ببلوغ الخامسة عشرة ، فاعتبرها فى ادعاء بلوغ النكاح .

وخالفه قانون الاحوال الشخصية السورى فى امرين :

أولهما — فى أن القانون السورى فرق بين الصغير والصغيرة فيما يتعلق بالمراهقة ، فالقانون الاردنى جعلها خمس عشرة سنة . والقانون السورى جعل الاذن للمراهق يكون فى حـــال بلوغه الخامسة عشرة ، وللصغيرة ببلوغها الثالثة عشرة .

والثانى — أن القانون الاردنى لم يتعرض للاثبات بالنسبة للبلوغ ، بل جعل القول قول مدعيه ، بخلاف القانون الســـورى فانه قال لابد أن يتبين صدقهما .

* ويلاحظ انه فى القوانين الثلاثة الســـابقة القانون اللبنـــانى ، والسورى والاردنى الاذن بالزواج لا يكون قبل المراهقة بحال من الاحوال ، وان اختلفت القوانين الثلاثة فى سن المراهقة ، وعلى ذلك تكون القوانين الثلاثة ، وهى مشتقة منقانونحقوقالعائلة العثمانى فى هذا الموضع تمنع الزواج قبل بلوغ النكاح ، كما هو راى عثمان البتى وابن شبرمة ، وابى بكر الاصم لانها قررت بمجموع احكامها ان الاهلية للزواج لا تكون قبـــل المراهقة ، وان كانت قد خالفت اولئك الفقهاء فى حقيقة البلوغ أو المراهقة .

القانون العراقى

صدر بالعراق قانون منظم لاحكام الاحوال الشخصية سنة ١٩٥٩ برقم ١٨٨ ، وعدلت بعض أحكامه بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ .

وان العراق قد اخذت بالنسبة لسن الزواج من قانون حقوق العائلة العثمـــانى ، لـــكنها عدلتـــه تعديلا غير جوهرى ، وخالفت بذلك القوانين السابقة ،وقد اشتملت على ذلك أحكام المادة السابعة والثامنة والتاسعة :

المادة السابعة :

١ — يشترط فى أهلية الزواج العقل والبلوغ .

٢ — للقـــاضى ان يأذن بزواج احد الزوجين المريض عقليا اذا ثبت بتقرير علمى أن زواجه لا يضر بالمجتمع ، وانه فى مصلحته الشخصية اذا قبل الزوج الآخر الزواج قبـــولا صريحـــا .

المادة الثامنة — تكمل اهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة .

المادة التاسعة — اذا ادعى المراهق او المراهقة البلوغ بعد اكمالها السادسة عشرة ، وطلبا الزواج ، فللقاضى أن يأذن به ، اذا تبين صدق دعواهما ، وتابليتهما البدنية بعد موافقة **الولى الشرعى ، فان امتنع الولى طلب القاضى منه موافقته خلال مدة يحددها له ، فان لم يعترض ، أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضى بالزواج .**

ويلاحظ هنا أمور اربعة :

اولا — انه جعل البلوغ او اهلية الزواج بالنسبة لهما معا هو ثمانى عشرة سنة ، وبذلك خالف القوانين الثلاثة السابقة فيما يتعلق بسن الصغيرة اذ جعلت الأهلية فيه سبع عشرة سنة ، وخالف ايضا الفقه ، فان احدا من الفقهاء لم يقل ان بلوغ الفتاة يكون ببلوغها ثمانى عشرة سنة ، وخالف فى ذلك ما هو المعمول به فى مصر من ان الحد الادنى لسماع الدعوى بالنسبة للزواج ، لا لصحته ، وهو السادسة عشرة .

ثانيا — انه جعل المراهقة — هى ست عشرة سنة — للغلام والفتاة **معا ، وبذلك يخالف القوانين الثلاثة السابقة ، فاللبنانى لم يضع حدا أدنى للمراهقة الا ما** كان فى الفقه الحنفى ، والاردنى جعله خمس عشرة سنة **للاثنين** ، وسوريا جعلته خمس عشرة سنة للغلام ، وثلاث عشرة للفتاة .

ثالثا — انه مع حد هذه السن لبلوغ سن المراهقة نجده يشترط للاذن تبين صدق المراهق او المراهقة ، وهذا غريب ، لأن الاصل المعروف أن من يبلغ هذه السن يكون قد بلغ حد النكاح الا اذا كان ثمة آفة بجسمه ، فالظاهر يشهد له فى دعواه ، فكيف يأتى باثبات لما يشهد به الظاهر .

رابعا — انه يشترط موافقة الولى قبل اذن القاضى لمن بلغ السادسة عشرة من الصغير والصغيرة ، وكان هذا غريبا من حيث اشتراط رضا الولى بالنسبة للصغير ، ولم يشترط ذلك لافى القانون السورى ، ولا فى القانون الاردنى ، ولا القانون اللبنانى ، كما لم يشترط فى الفقه .

ويلاحظ أن الزواج فى ذلك القانون كغيره من القوانين السابقة يحتاج فى اجراءاته الى اذن القاضى ، كما هو الاصل فى قانون حقوق العائلة العثمانى ، على بيان فى أثر عدم الاذن قد بينه فى موضعه ، وبيناه فى كتاب « انشاء عقد الزواج وآثاره » فارجع اليه .

وعلى هذا لازواج مطلقا قبل السادسة عشرة فى القانون العراقى، وبذلك يكون قد خالف فقه الاسلام كله ، كما خالفه الى حد كبير القانون السورى والاردنى .

ولا يقال ان ذلك ماخوذ من راى ابن شبرمة وعثمان البتى وابى بكر الأصم ، لان هؤلاء يعتبرون البلوغ ببلوغ النكاح ، وحده الادنى بالنسبة للصغير اثنتا عشرة سنة ، وبالنسبة للصغيرة تسع سنوات ، ولم يقولوا ان حده خمس عشرة او ست عشرة .

قانون تونس

صدر القانون المنظم للاحوال الشخصية فى تونس فى سنة ١٩٥٦ ، وسمى مجلة الاحوال الشخصية وقد نص على ان سن الزواج بالنسبة للفتاة ببلوغ الخامسة عشرة ، وبالنسبة للفتى ببلوغ ثمانى عشرة سنة ، وقد نص على احكام السن فى المادة الخامسة ، ونصها :

« يجب ان يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية ، ويقدر سن البلوغ بالنسبة للمراة بتمام الخامسة عشرة ، وللرجل بتمام الثامنة عشرة ، وتزوج احدهما دون السن المقررة يتوقف على اذن خاص من الحاكم ، وذلك بعد ثبوت البلوغ الطبيعى » .

ونصت المادة السادسة على حال الزواج واشتراط الولى ، وعدم اشتراطه ، فقالت :

« زواج الرجل والمراة اللذين لم يبلغا سن الرشد القانونى يتوقف على موافقة الولى، فان امتنع الولى من هذه الموافقة ، وتمسك كل برغبته ، رفع للحاكم » .

وسن الرشد الذى اشارت اليه هذه المادة هو ما نص عليه فى المادة ١٣٥ ، وهى عشرون سنة ، وهذا نصها :

« يعتبر محجورا عليه للصغر من لم يبلغ سن الرشد ، وهى عشرون سنة كاملة » .

ويلاحظ هنا ثلاثة امور :

اولها — ان القانون التونسى جعل سنا معينة بالنسبة للزواج ، وهى خمس عشرة سنة بالنسبة للفتاة ، وثمانى عشرة سنة بالنسبة للفتى ، ولكن مع ذلك تبقى ولاية التزويج بالنسبة لمن لم يبلغ سن الرشد الى ان

يبلغ سن الرشد ، وهى عشرون سنة ، ولكنها ولاية اختيارية ، اى انه لا ينفرد بالتزويج ولا ينفرد القاصر به ، ولذلك كان الشرط بالنسبة لهما فيما بين الخامسة عشرة للفتاة ، والثامنة عشرة للفتى ، وبين بلوغ العشرين هو موافقة الولى فان امتنع لغير سبب معقول ، فان الحاكم ينفذ رغبة القاصر بعد ان يرفع اليه . اما بعد بلوغ سن العشرين ، فان الولاية على النفس تنتهى كالولاية على المال ، وذلك ظاهر بالنسبة للتزويج .

ثانيها — ان القانون التونسى قرر سن البلوغ بالنسبة للزواج بتلفيق من راى ابى حنيفة اذ اخذ به فى سن الفتى ، ومذهب جمهور الفقهاء اذ اخذ به فى سن الفتـــاة .

وفى كلتا الحالين حال الذكورة والأنوثة لم يجـز الزواج قبـل سن المراهقة ، وذلك يتفق مع راى من منعوا ذلك من فقهاء العراق الذين أشرنا اليهم آنفا ، فالشرط لطلب الزواج قبـل السن المقـررة هو بلوغ السن الطبيعى ، ولا ينفذ الا بأذن من الحاكم ان طلب بعـد البلوغ ، والبلوغ الطبيعى هو بلوغ الفتاة بالحيض ، والفتى ببلوغ النكاح .

ثالثها — انه جعل الأنثى كالذكر فى احكام ولاية التزويج ، فلم يشترط موافقة الولى لهما بعد بلوغ العشرين ، لا فرق بين الذكر والأنثى ، وسنبين ذلك فى موضعه من ولاية التزويج ان شاء الله تعالى .

الظهير المغربى

الظهير المغربى هو القانون الخاص بأحكام الاسرة فى القانون المغربى، وقد صدر ذلك القانون فى ٢٨ من ربيع الثانى سنة ١٣٧٧ — الذى يوافقه ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٧ .

وانه يتلاقى القانون المغربى مع القانون التونسى فى بلوغ سن الزواج، وان كانت صياغة القانون المغربى اوضح وادل على القصد ، وقد اشتمل على بيان ذلك المادتان الثامنة والتاسعة وهذا نصهما :

المادة ٨ — تكمل اهلية النكاح فى الفتى بتمـام الثامنة عشرة . فان خيفت الفتنة رفـع الأمر الى القـاضى ، وفى الفتـاة بتمام الخامسة عشرة .

المـادة ٩ — الزواج دون سن الرشد القانونى متوقف على موافقة الولى ، فان امتنع وتمسك كل برغبته رفع الامر الى القاضى .

ويلاحظ هنا انه سوغ للفتى فقط طلب التزويج قبل السن المقررة ، لانه يصور ان خشية العنت لا تكون الا من الرجال ، اذ انه لم يفرض فى النص ذلك فى النساء ، مع ان العنت كما يكون فى المراهقين يكون فى المراهقات خصوصا اللائى يتعرضن للفتنة ، وان بلوغ النكاح يسارع فى النساء قبل الرجال ، فكان يجب ان يسير القانون على فرض حاجة المراهقة الى الزواج كحاجة المراهق على الاقل .

ومع اتحاد الظهير المغربى مع المجلة التونسية فى ان زواج من لم يبلغ الرشد يكون **بموافقة الولى على النفس** ، **يخالفه المغربى بجعل** عبارات النساء غير صالحة لانشاء عقد الزواج ، بل يباشره الولى ، بينما المغربى يجيز العقد بعبارة المرأة اذا بلغت سن الرشد . وهذا فارق جوهرى قد نبينه عند الكلام فى ولاية التزويج ان شاء الله تعالى .

فى البلاد العربية التى لم يوجد فيها تقنين

البلاد العربية التى لايوجد فيها تقنين لاحكام الاسرة كليبيا والسعودية، فانها تسير بالنسبة للبلوغ على اساس المذاهب التى يجرى العمل فيها على مقتضاها ، **ففى ليبيا يجرى العمل على مقتضى مذهب الامام مالك** رضى الله عنه ، وفى السعودية يجرى العمل على مقتضى مذهب الامام احمد . وكلا المذهبين يجعل سن البلوغ خمس عشرة سنة ، ان لم يكن بلوغ طبيعى ببلوغ النكاح ، والحد الادنى فيه تسع للصغيرة ، واثنتا عشرة سنة للصغير .

اما السودان فقد كان العمل فيه كمصر قائما على مقتضى مذهب ابى **حنيفة الذى يقرر ان البلوغ الطبيعى بالنسبة للصغيرة تسع سنين** ، وبالنسبة للصغير اثنتا عشرة سنة ، ولكن جاءت منشورات تأخذ حكم القوانين ، كما كانت الحال من قبل ، وصارت قوانين بعد استقلال السودان ، وانه يعمل بهذه المنشورات ، وما لم يكن فيها يكون الحكم فيه بمقتضى المذهب الحنفى ، اى بالراجح فيه .

ومع ان البلوغ فى المذهب الحنفى حده الادنى بالنسبة للصغيرة هو تسع سنين ، فقد جاء فى المنشور رقم ٥٤ الصادر فى ٣ ذى الحجة سنة ١٣٧٩ هـ الذى يوافقه ٢٨ من مايو سنة ١٩٦٠ فى المادة الثامنة ما نصه :

القاصرة اذا خيف فسادها ، واتمت عشر سنوات تتزوج بعد اذن القاضى ، ويشترط قبولها الزواج ، كما يشترط ان يكون الزوج كفؤا لها ، والمهر مهر مثلها ، والجهاز مناسبا .

وان هذا الجزء مأخوذ من مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وهو يسوغ طلب ذلك للولى اذا كانت فى العاشرة ، وخيف عليها الفساد ، ولكن اعتبرت بالغة ، لان البلوغ الطبيعى بتسع سنين ، كما هو المقـرر عند جمهور الفقهاء ، وان هذا النص بمقتضاه لا يكون زواج قبل هذه السن ، ولكن ذلك ليس بصريح ، ولكن النص يتضمنه اذ انه يحتاج الى اذن القاضى وهذا ينتهى الى أمرين :

احدهما — أن العاشرة هى الحد الادنى لسن الزواج ، بدليل انه لا يستأذن قبل ذلك .

ثانيهما — انه لا يكون لها ان تأذن هى من تلقاء نفسها بل لها فقط قبول الزواج او عدم قبوله . ومهما يكن ، فان فكرة القانون ليست واضحة .

القانون المصرى

القانون المصرى يسير على مقتضى مذهب أبى حنيفة الذى يقرر ان البلوغ الطبيعى ببلوغ النكاح ، والحد الادنى للتصديق فى ذلك هو تسع للفتاة ، واثنتا عشرة للفتى ، وان كان القاصر مراهقا ، ولم يبدع بلوغ النكاح ، فان البلوغ يكون بالخامسـة عشرة ، وهو فى هذا أخـذ براى الصاحبين ابى يوسف ومحمد تلميذى ابىحنيفة وهو راىجمهور الفقهاء ، ولم يأخذ براى أبى حنيفة الذى اخذت به اكثر القوانين التى أخـذت من قانون حقوق العائلة العثمانى .

منع سماع الدعوى لمن دون سن القانون :

ولم يوجد فى مصر استئذان القضاء بالزواج ، ولا منع الولى من أن يتولى عقد الصغار بنفسه .

ولكن وجد قانون نظامى يمنع سماع الدعوى اذا كانت سن الزوجة اقـل من ست عشرة سنة ، وسن الزوج اقـل من ثمانى عشرة ، وذلك بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، وكان شرط عدم سماع الدعوى أن يكون عقد الزواج قد تم واحدهما دون هذه السن ، واصدرت وزارة العـدل المنشور رقم ٥٨ لسنة ١٩٢٨ يتضمن التعليمات الخاصة بالاستيثاق من تنفيذ شروط السن ، فقررت ان من لا يشتبه المأذون فى سنهم يوثق العقد من غير طلب شهادة كأن يكون الزوجان موظفين ، أو مدرسين ، وأن من يشتبه فى مقدار سنهم لا يوثق العقد الا بشهادة الميلاد ، أو بشهادة طبية .

وان الأثر الجوهرى فى القانون انه لا تسمع الدعوى اذا كانت سن احد الزوجين وقت العقد دون هذه السن كما اشرنا من قبل ، ولكن لوحظ فى ذلك اضطراب وضيق على الناس فان القانون لا يمنع صحة الزواج ، ولكن يمنع فقط سماع الدعوى ، فيكون ثمة زواج بمقتضى العقد الصحيح ، ولكن لايمكن تطبيق آثاره من وجوب نفقة ، واثبات نسب وحق طاعة ، فرؤى تخفيفا على الناس ان يكون المنع محصورا فى دائرة ضيقة وهى ان يمنع سماع الدعوى اذا كانت سن احد الزوجين دون السن المقررة وقت التقاضى لا وقت انشاء العقد .

وذلك مع بقاء المنع من ان يوثق عقده ، ومع منع سماع الدعوى فى الزواج بغير وثيقة رسمية صادرة على يد موظف مختص ، وكان ذلك فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ففيه كان تقيد الاثبات بالوثيقة الرسمية ، وكان فيه التوسعة فى حد سن أدنى للزواج .

وقد وجــد نتيجة للحكم الشرعى الذى يقــرر صحة الزواج ما دام مستوفيا للشروط الشرعية ، ولمنع المأذون من التوثيق الا اذا ثبت أن السن فوق الحد الادنى أو مثله ــ ان كانت تقدم شهادة مزورة ، فنظر القضاء المصرى ، أيكون الادلاء بمعلومات غير صحيحة فى هذا يعد تزويرا فى وثيقة رسمية، فانتهت محكمة النقض الى انه يعد تزويرا لان وثيقة الزواج لاثبات واقعة زواج شرعى صحيح ، وهى قد شرعت لذلك ، لا لاثبات سن ، ولذلك لا يعد تزويرا الادلاء بمعلومات كاذبة فيما يتعلق بالسن .

العقوبات المترتبة :

ولذلك صدر مرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٢ نص على عقاب الشهود ، الذين يدلون بمعلومات كاذبة ينبنى عليها توثيق العقد ، ومن يضبط وثيقة الزواج وهو يعلم أن احد الزوجين دون السن القانونية ، وهــذا نص المــادة الثانية من ذلك المرســوم :

« يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين او بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى امام السلطة المختصة ــ بقصد بيان بلوغ احد الزوجين السن المحددة قانونا بضبط عقد الزواج ــ اقوالا يعلم انها غير صحيحة ، أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك ، متى ضبط عقد الزواج على اساس هذه الاقوال أو الاوراق . ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص يخوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج،

وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون » . وقد أضيف هذا القانون الى قانون العقوبات المصرى .

وان قانون وضع حد ادنى لسن الزوج بالنسبة للدعوى بنى على امـــــرين :

أولهما — ان لولى الامر حق تخصيص القضاء بالزمـــان والمكان والحادثه ، وبمقتضى ذلك الاصل منع ولى الامر القضاة من سماع دعوى الزوجية أو اى اثر من آثارها اذا كانت سن احد الزوجين وقت التقاضى دون السن المحددة .

ثانيهما — انه استأنس بما قرره عثمان البتى وابن شبرمة ، وابو بكر الاصم من ان زواج الصغار لا يصح ، لانه لا ولاية لاحد عليهم فى الزواج ، اذ الولاية فى الزواج تثبت على المولى عليه لاجل حاجته ، ولا حاجة عند الصغار لعقد الزواج، لانه عقد لا تظهر آثاره الا بعد البلوغ ، وسنتكلم على ذلك الراى عند الكلام فى ولاية التزويج ان شاء الله تعالى .

ولكن يلاحظ ان القانون المصرى لم يسر فى مســـار ذلك الراى الى غايته ، لأن لم يتعرض لصحة الزواج ، بل تعرض فقط لسماع الدعوى ، وانما اتجه المقنن المصرى ذلك الاتجاه ليكون قانونه فى الجملة متلائما مع راى جمهور الفقهاء معتمدا على اصولهم ، فاكتفى بمنع سماع الدعوى ، حتى لا يكون القانون متبعا شواذ الآراء عند الجمهور ، أو شواذ الفتاوى فى نظرهم .

ويلاحظ ان منع سماع الدعوى يكون ولو كان الزوجان متصادقين على الزواج ما داما لم يبلغا السن المحددة وقت التقاضى .

ويلاحظ ايضا ان سن الزواج فى مصر تكون بالبلوغ الطبيعى ، فهناك حدان للسن فى القوانين المصرية احدهما حد سن الرشد ، وهو ببلوغ احدى وعشرين سنة ، والآخر حد سن الزواج ، وهى تكون بالبلوغ الطبيعى ، وان صح أن نضيف حدا ثالثا — فهو سن سماع الدعوى ، وهى السادسة عشرة للزوجة ، والثامنة عشرة للزوج ، على ما تبين فى سالف قولنا .

مشروع قانون الاحوال الشخصية :

وضع مشروع قانون للأحوال الشخصية فى مصر ، ما زال مطويا ، وقدتم اعداده فى عام ١٩٦٥ وبالنسبة لبلوغ سن الزواج لم يغير من مذهب

ابى حنيفة ، بل ترك الامر بالنسبة لصحة العقد الى البلوغ ، وقد تعرض للسن فى المواد ١٩، ٢٠، ٢٣، ٢٤، ٢٧، منه، وهذا نصها :

المادة ١٩ — (أ) يشترط فى أهلية الزواج البلوغ ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البلـــــــوغ .

(ب) يمنع تزويج المجنون والمعتوه ذكرا كان او انثى الا باذن من المحكمة ، والمرجع فى ثبوت الجنون والعته الى المحكمة ، ولها أن تستعين برأى الخبراء من الاطباء .

(ج) ولا يصح زواج المكره والسكران .

المادة ٢٠ — لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند الى ما قبل الخامس من يونية سنة ١٩٣١ ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة ، وسن الزوج ثمانى عشرة سنة هجرية وقت العقد .

المادة ٢٣ — (أ) ولاية تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالى تكون للعصبة بنفسه ، حسب ترتيب الارث ويقدم الجد الصحيح على الاخوة فى هذه الولاية ، فان لم توجد العصبة . فالولاية للقاضى .

(ب) ويسرى حكم الفقرة السابقة على المجنون والمعتوه ذكرا كان او انثى .

(ج) ولاية على البالغ العاقل فى تزويج نفســه .

المادة ٢٤ — (أ) يشترط اجتماع رأى الولى ، والمولى عليها .

(ب) واذا باشرت الفتاة العقد بعد رضا الولى، صح العقد، واذا انفرد أحدهما بالعقد قبل رضا الاخر كان موقوفا على اجازته .

المادة ٢٧ — (أ) لمن بلغ الرشد سفيها ، او طرأ عليه السفه ذكرا كان أو انثى — أن يزوج نفســـه .

(ب) اذا كان الزواج بعد الحجر اعترض ولى المال على مازاد أو نقص من مهر المثل .

هذا ماجاء بالمشروع خاصا ببلوغ السن بالنسبة للزواج ، وهو الذى يتعلق بالولاية على النفس . ويلاحظ انه اتى بمبادىء ثلاثة جديدة لم تكن فى المعمول به من قبـــل :

المبدأ الاول ــ انه اخذ برای ابن‌شبرمة وعثمان البتی وابی بکرالاصم **فی بطلان الزواج قبل البلوغ** ، وحسنا فعل ، فان زواج الصغار لم یکن له غرض شرعی‌سلیم فیما یقع بین‌اهل زماننا ، وان‌البلوغ لم یعینه المشروع، فکان السیر علی مقتضی البلوغ الطبیعی ، وهو بلوغ سن المراهقة ، ای ان الزواج قبل التاسعة للفتاة او الثانیة عشرة للفتی یکون باطلا واذا ثم یثبت بلوغ النکاح کان البلوغ بالسن ، وهو خمس عشرة وهو رای جمهور الفقهاء الذی کان معمولا به من قبل ، ولم یکن رای ابی حنیفة معمولا به الا فی‌قانون‌حقوق العائلة العثمانی، وبذلك یتقارب المشروع من قانون‌منع سماع الدعوی الذی ذکرناه آنفا .

المبدأ الثانی ــ الجدید عما کان معمولا به من قبل ، هو **اثبات ولایة الشرکة** فی عقد الزواج بالنسبة للفتاة فی فترة من حیاتها ، وهی الفترة التی تکون بین البلوغ الطبیعی ببلوغ النکاح ، او البلوغ بالسن ، وبین بلوغ سن الرشد ، فانه فی هذه الفترة تثبت ولایة الاختیار او ولایة الشرکة ، وما بعد بلوغ الرشد تکون لها وحدها ولایة تزویج نفسها ، علی ماهو مبین بالمذهب الحنفی .

وثبوت الولایة فی هذه الفترة ، لانه فی الغالب تکون الفتاة غیر مأمونة علی نفسها ، وتستمر علیها الولایة علی النفس للحفظ والصیانة ، ومن اشد الصیانة الا تنفرد باختیار زوجها الذی یشارکها حیاتها الی‌ماشاء الله تعالی أن یبقی الزواج ، ولان ذلك الزمن الذی نعیشه یوجب الاحتیاط فی اختیار الفتاة من تتزوجه ، حتی لا تتردی بالوقوع فیما یجلب العار علی اهلهـا والســوء علی نفستــها .

وانها بعد بلوغ الرشد تکون قادرة علی ادارة أموالها بحکم القانون فتکون قادرة علی اختیار الزوج فتکون لها الحریة فی اختیاره ، وحقــوق اسرتها مکفولة باشتراط الکفاءة فی اختیارها ، فهی حریة مقیدة ، والحریة المقیدة اولی بالاخذ من التقیید المطلق .

وفی هذا الجزء الذی اختص بالفترة بین البلوغ الطبیعی وبلوغ الرشد اخذ برای محمد من اصحاب ابی حنیفة ، وبرای فقهاء آخرین ، ولذلك اعتبر العقد موقوفا علی اجازة الولی اذا باشرت هی العقد من غیر ان یعلم رضاه حتی یرضی ، ویبطل اذا رفض الموافقة ، وهذا معناه ان العقد متقید بمباشرة المراة له ، وهذا غیر ما قرره جمهور الفقهاء .

وانه لايشترط مشاركة الولى فىالاختيار اذا بلغت سنالرشد سواء بلغت سفيهة ام بلغت رشيدة ، فليس الشرط لتولى امر زواجها هو الرشد، انما الشرط هو بلوغ سنه ، سواء اكانت رشيدة ام كانت سفيهة ، كما اشارت الى ذلك المادة (٢٧) من المشروع .

المبدا الثالث ــ الذى اتى به هذا المشروع مخالفا لما كان معمولا به قبل ، وهو لا يتعلق بالبلوغ ، بل **يتعلق بالجنون** ، ولكن نذكره استطرادا وتكميلا للمبادىء الجديدة فى هذا المقام ، وهو ان المجنونة والمجنون لا يجوز زواجهما الا باذن من المحكة المختصة ، سواء اكان ذكرا ام انثى، والمحكمة يرجع اليها فى ثبوت الجنون والعته، ولها ان تستمين برأى الخبراء من الاطـــــباء .

هذه هى المبادىء الجديدة فى هذا المقام التى اتى بها مشروع قانون الاحوال الشخصية .

ب ــ انتهــاء الــولايــة عــلى المجنــون

الافاقــة وكيف تــكون :

انتهاء الولاية على المجنون بزواله ، سواء اكان جنونا مطبقا ، ام كان جنونا متقطعا ، فاذا كان الجنون متقطعا تثبت الولاية على نفســه ما دام الجنون قائما ، فاذا زال فانه لا تثبت عليه ولاية . ولقــد يفرق بعض الفقهاء بالنسبة للجنون غير المطبــق ، فيقولون ان كانت للافاقة اوقات معلومة ، وللجنون أوقات معلومة ، فيكون فى اوقات الجنــون له احكام القصر ، وتثبت عليه الولاية على النفس والولاية على المال معا ، وفى اوقات الافاقة يكون حكمه حكم المميزين العقلاء ، ولا تثبت عليــه الولايتان ، وان كانت الاوقات فى الافاقة غير معلومة ، فان الولاية تثبت عليه على الدوام ، اذ انه فى أوقات الافاقة يكون فى حكم المعتوه ، وذلك لأنه لا تعرف حاله ، فلا يدرى اهو فى حال من يستطيع المحافظة على نفســه ، أم لا ، والاحتياط أن يكون تحت ولاية مراقبة دائمة ، تحميــه مما يتردى فيه ، وتحفظ له .

وهــذه بلا شك نظرة احتياطية . ولــكنها ليست واقعيــة .

والاكثرون من الفقهاء على أنه لا يكون قاصرا الا فى وقت الجنون ، ولا يــكون قاصرا وقت الافاقة ، ســواء اكانت افاقته معلومة الاوقات ام غير معلومة الاوقات .

وقد اتفق الفقهاء على أنه اذا كانت افاقته معلومة الاوقات ، فان الولاية لا تثبت عليه الا فى الجنون ، ولا تثبت عليه فى غير أوقات الجنون .

هذا بالنسبة للجنون غير المطبق ، أما بالنسبة للجنون المطبق، فان الولاية تثبت عليه فى كل الاحوال ولو كان يستفيق فى أوقات مختلفة ، ولــكنها ليست طويلة بحيث تدل على الشــفاء مما ألم به من مرض .

العـلة فى الولاية :

من هـذا الـكلام يتبين ان العلة فى الولاية هو الجنون ، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما ، فاذا وجدت العلة وجد الحكم ، وان زالت العلة زال الحكم ، والعلة هى الجنون او ضعف العقل ، ولقـد جاء فى « شرح تبيين الحقائق على كنز الدقائق » للزيلعى ما نصـه :

« ان الله سبحانه وتعالى خلق البشر اشرف خلق ، وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الأنعام ، وهو العقل وبه يسعد من سـعد ، وذلك ان الله تعالى ركب فى البشر العقل والهوى ، وركب فى الملائـكة العقل دون الهوى ، وركب فى البهائم الهوى دون العقل، فمن غاب من البشر عقله على هواه كان أفضل من الملك مما يقاسى من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ، ومن غلب هواه علىعقله كان اردأ من البهائم ، قال تبارك وتعالى « ان هم الا كالأنعام ، بل هم اضل » فجعل بعضهم ذوىالنهى، وجعل منهم أعلام الدين ، وائمة الهدى ، ومصابيح الدجى ، وابتلى بعضهم بما شاء من اسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل ، والعته الموجب لنقصـانه » .

وان هذا بلاريب يفيد ان الابتلاء الذىاختبر الله تعالى به عباده ، وهو فقد العقل او ضـعفه هو المسبب فى ثبوت الولاية على المجنـون والمعتوه ، فاذا وجد السبب وجد معه المسبب وهو ثبوت الولاية ، واذا زال ذهب معه ثبوت الولاية .

ثبوت الولاية فى الجنون العـارض :

هل يحتاج ثبوت الولاية على المجنون الى حكم من القضاء بوجود الجنون ؟ قال الفقهاء اذا ثبت الجنون ، فان الولاية تثبت عليه من وقت تحقق الجنون ، وتزول عنه من وقت زواله ، او التأكد من زواله ، وانه اذا قام الدليل على وجود حال الجنون ، فان الولاية او الحجر عليـه يثبت عليه من ذلك الزمن .

هـذا هو حكم الفقه فى كل المذاهب الاسلامية ، ولاخلاف بينهم فى هذا ، لأن الجنون واقعة ثابتة يعرف زمان وجودها وزمان زوالهـا . وليس امرا تقديريا تختلف فى تقديره الآراء كالسفه والغفلة ، فان الانظار تختلف فيهما ، فكانا فى حاجة الى حكم القضاء لثبوتهما وزوالهما عنـد

جمهور الفقهاء خلافا للامام محمد بن الحسن الشيبانى صاحب ابى حنيفة رضى الله عنهما .

ولكن جاء **القانون المصرى فى تنظيم الولاية** — ينص على ان الحجر على المجنون والمعتوه لايزول الا بحكم كالحجر على السفيه وذى الغفلة ، كما نصت على ذلك المـادة ٦٥ منه : « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته ، او للغفلة أو للسفه ، ولا يرفع الحجر الا بحكم » .

وجاء القانون المدنى المصرى بمثل ذلك . ولعل وجهة نظره هو ما قرره الفقهاء بالنسبة لحكم استصحاب الحال أو ما يشهد له الظاهر ، فانه قبل عارض الجنون يتخذ باستصحاب الحال حكم العقـلاء ، حتى يقوم الدليل على ما يفيد تغير الحال ، وتقدير الدليل للقضاء ، وبعـد الحكم بجنونه ، يكون ظاهر الحال بقاء حكم الجنون ، حتى يقوم الدليل على خلافه ، وتقدير الدليل يكون بحكم القضـاء .

وقد يكون ذلك ظاهرا بالنسبة لتقرير من يخضع للولاية المالية ، ويترك الأمر قبل الحكم لتقدير المتعاملين معه ، ولذلك قرر القانون المدنى المصرى انه اذا كان ظاهر الجنون ظاهرا ، وذلك لا يخفى على الناس، واستغل ذلك بعض الناس واساء الى المجنون ، فان الولى الذى يعين من بعـد يكون له الحق فى ابطال العقد ، او بيان انه صدر باطلا لسوء استغلال المتعـامل لضعف عقـله .

هذا بالنسبة للولاية المالية — اما بالنسـبة للولاية على النفس ، وهى تثبت بموجب القرابة ، فان الظاهر انها لا تحتاج الى حكم من حيث القيام بحق الاحتياط له وصونه ، والمحافظة على سلامة بدنه ، وابعاده عن مواضع الاستهانة بكرامته .

ولننظر من بعد فى قوانين البـلاد العربيـة :

القانون الاردنى والعراقى لم يكن نص فيهما على انتهاء الحجر على المجنون ، وقد ترك ذلك لما اجمع عليه الفقهاء ، من انه يجب ان يقوم الدليل على زوال المرض قبل رفع الولاية ، لأن الجنـون ثبت بيقين ، فلا يزول الا بيقين مثله .

والقـانون **السورى** يقاربه فى هذا المعنى ولا يباعده ، فقد نصت المـادة ٢٠٠ على ذلك وهـذا نصهـا :

١ — المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقـــة .

٢ — السفيه والمغفل يحجران بقضاء وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة ، ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه ، أو بوثيقـــة على حـــدة .

ونرى من هذا انه يقرر الفقه من أن الحجر ليس سببه القضاء ، انما يناط بذات الجنون والعته ، وبالمقابلة بين الفقرة الاولى ، والفقرة الثانية ، يتبين ان الولاية تثبت من وقت وجود سببها بالنســـبة للولاية على النفس ، لأن مناطها وقربها احتياجهما الى اقامة أو تعيين ولى ، واقامته لبيـــان الحق .

والقانون المغربى كذلك لم ينص فى هذا الموضـوع ، والأمر يرجع الى ما قرره الفقهاء ، وخصوصا ما جاء بمذهب الامام مالك رضى الله عنه، فقد جاء النص فى الظهير المغربى بالرجوع الى المذهب المالـــكى فى كل ما لا نص فيه فى القانون ، وقد نصت على ذلك المادة ٨٢ ، وهذا نصها :

كل ما لم يشمله هـــذا القـــانون يرجع فيه الى الراجح او المشهور او ما جرى به العمـــل من مذهب الامام مالك .

والقـــانون التونسى نص على حال ثبوت الولاية على المجنون ، وحال سقوطها ، وفصل القول فى ذلك بأكثر مما جاء فى القانون المصرى ، وقد جاء هـــذا فى المواد ١٦٠ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٧ ، ١٦٨ ، وهـــذه نصـــوصهـــا :

المـــادة ١٦٠ — المجنـــون هو الشخص الذى فقد عقله . سواء أكان جنونه مطبقـــا يستغرق جميـــع أوقاته ام متقطعا تعتريه فترات ثبوت عقلـــه .

اما ضـــعيف العقـــل فهو الشـخص غير كامل الوعى السيىء التدبير الذى لا يهتـــدى الى التصرفات الرابحة ويغبن فى البياعات .

المـــادة ١٦١ — يتعين الحجر فى الحالات المبينة فى الفصـــل المتقـــدم بحكم من الحاكم ويعتمـــد فيه الحاكم أهل المعرفة .

المـــادة ١٦٢ — التصرفات التى يقوم بها المحجور عليه بدون مســـاعدة ولى تـــكون باطلة اذا لم يجزها الولى .

المـادة ١٦٣ ـــ تصرفات المجنون غير نافذة ، وتصرفات ضـعيف العقل قبـل الحجر يمكن ابطـالها ، اذا كان مشتهرا بضعف العقـل وقت ابرامها .

المـادة ١٦٧ ـــ الحجر الواقع بحكم القـاضى لا يرفع الا بحكم ، ما عدا صورة المحجور عليه للصغر .

المـادة ١٦٨ ـــ للمحجور عليه مهما يكن سبب الحجر حق التسـليم بدون واسـطة لدى المحاكم بطلب رفع الحجر عنه .

ويستفاد من هـذا النص ثلاثة امور :

أولها ـــ ان الحجر لا يكون الا بحكم ، فالجنون لا يثبت الا بحكم ، ولا شك أن ذلك يمنع ظلم بعض الضعفاء فقد يدعىقوى فىأسرة الجنون على ضعيف فيها ، فكان لابد من أهل الخبرة . ولـكن لم يبين القـانون اذا ثبت الجنون بحكم القاضى ، أيثبت مستندا الى وقت الوقوع أم يثبت من وقت الحكم ؟ لم يبين ذلك صراحة ، والظاهر انه يثبت مستندا الى وقت الوقوع بالنسبة للجنون ، ويثبت مستندا الى وقت الحكم بالنسبة لضعف العقل ، كما تدل على ذلك المـادة ١٦٣ ، فانها تقول : تصرفات المجنون غير نافذة ، اى باطلاق سواء أكان التصرف قبل الحكم أو بعده ، مادام الجنون قد حكم به . اما تصرفات ضعيف العقـل ، فانها تنفذ ، ولكن تكون قابلة للابطال اذا كان مشتهرا بضعف العقل وقت ابرامها ، وقبل الحكم بالحجر ، اما بعد الحجر فانه لا تصرف للمحجور عليه ، وكل تصرفاته قابلة للابطـال .

الأمر الثانى ـــ ان رفع الحجر عن المجنون لا يكون الا بحكم ، كما اشرنا فى القانون المصرى ، وكما صرحت بذلك المادة او الفصل ١٦٧ ، فانه صرح بأن كل حجر كان بحكم ، لايرفع الا بحكم ، لأنه لا يسقط اثر القضاء الا قضاء مثله فى موضـوعه .

الأمر الثالث ـــ هو اعطاء المحجور عليه حق المطالبة برفع الحجر من غير أن يتولاه احد ، وذلك بلا ريب عندما يزول السبب الذى أوجب الحجر ، ومقتضى هذا انه يرفع عنه الحجر فيما يتعلق بالخصومة فى سبب الحجر وزواله .

ولنـا ملاحظتـان على عبـارات القـانون :

الملاحظـة الأولى — فى المـادة ١٦٢ ، اذ انها تصرح بأن تصرفات المحجور عليه بدون مساعدة الولى تـكون باطلة اذا لم يجزها الولى ، ومقتضى ذلك التعبير انها تكون صيغتها صالحة لأن ينشئ بها تصرف يكون قابلا للاجازة من الولى ، وذلك معقول بالنسبة لضعيف العقل والسفيه ، ولكنها غير معقولة بالنسبة للمجنون ، لأن الصيغة التى ينشئها المجنون وهو فاقد الأهلية تولد ميتة ، فتكون كلغو القول غير قابلة للاجـازة ، ولعل المادة ارادت ضعيف العقل والسفيه فقط .

الملاحظة الثانية — أن المـادة ١٦٧ — تقول أن الحجر الذى نشأ بحكم لا يلغى الا بحكم واستثنت الصغر ، والصغر لم يدخـل فى الجزء الأول من المادة ، لأن الحجر للصغير لاينشأ بحكم ، فلاموضع للاستثناء ، فيكون استثناؤه هنا لغوا .

والقانون السودانى لم ينص على حال الجنون متى تبتدىء ، ومتى تنتهى مع كثرة المنشورات التى تعرضت لأحكام الاحوال الشخصية التى اخذ اكثرها من مذهب الامام مالك .

ولذلك يرجع فى هذه الاحكام الى مذهب ابى حنيفة اذ أنه قضى فى اللائحة الصادرة سنة ١٩١٥ على ان ما لانص فيه فى اللائحة ، أو ما لم يغير بمنشورات تأخذ حكم القانون ، فانه يؤخذ فيه بمذهب أبى حنيفة .

والحقيقة انه فى هذه القضية يتلاقى فيها مذهب أبى حنيفة ومذهب مالك ، فالحجر بالجنون يبتدىء من وقت وجوده ، وان كان الحكم قـد صدر بالحجر متأخرا ، فان الحجر يمتد بالاستناد ، أو كما يعبر القانونيون بأثر رجعى الى وقت الوقوع ، وينتهى الحجر لأجل الجنون بزواله ، ولا شك انه اذا فصل القضاء اتبع ما يقضى به ، واذا كان ثمة حال شك فى استفاقته ، فان القضاء مستعينا بأهل الخبرة هو الذى يفصل ، واذا ثبت بين يديه أن حال الافاقة كانت قائمة ، وحـاول الولى على النفس اخفاءها لغرض فى نفسه ، فان القضاء يضع عقوبات رادعة لمثله ، أو يحيله على القاضى المختص بتقرير عقوبات على من يحرم غيره من حريته .

ج ــ انتهــاء الولاية فى الانوثة ...

بالنســبة للحفظ والصــيانة :

تنتهى الولاية على النفس بسبب الأنوثة ببلوغ الأنثى السن التى تكون مأمونة على نفسها ، ولا تحتاج فيها الى من يجنبها الأخطار التى تتعرض فيها كرامتها وعرضها وكرامة الأسرة التى تنتمى اليها للهوان ، أو تبلغ من المنزلة العلمية والعملية ما تستطيع به ان تصــون نفسها ، وتحميها من غير معونة من وليها .

ولاشك أن ولاية الحفظ والصيانة تنتهى بالزواج ، اذ أن الحفظ والصيانة سيكونان على الزوج بحكم العلاقة الزوجية ، لا بحكم الولاية على النفس .

وعلى ذلك لا ولاية على النفس على المراة العاملة التى تكون قد بلغت سن النضج ، الا اذا ثبت فعلا أنها قد زلت ، أوصارت عرضة للزلل ، واحسب أن المنطق الفقهى يوجب فى هـــذه الحال ان يكون ثمة حكم قضائى ، لأن الولاية قد زالت بحكم انها صــارت مأمونة على نفسها ؛ فاذا ثبت نقيض ذلك ، فان الولاية لا تعود الا بحكم قضائى ، لأن المسألة تصــير موضــع نظر ، وفيصــل التفرقة هو القضــاء .

بالنســبة للزواج :

هذا بالنسبة لولاية الحفظ والصيانة التى هى احدى شعبتى الولاية على النفس ، اما بالنســبة لولاية التزويج ، فان الولاية على النفس مستمرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة لولاية الشركة او ولاية الاختيــار ، لأن سببها الأنوثة ، فتبقى ما بقيت الانوثة من غير أنتهاء على ما سنبين ان شــاء الله تعالى فى ولاية التزويج .

اما ولاية الاجبار ، فعند جمهور الفقهـــاء تنتهى بالبلوغ الطبيعى ، وقد عدلت القوانين المختلفة ومشروع الجمهورية العربيـــة المتحدة السن التى تخرج فيه الفتاة من حدود الاجبـــار .

ومذهب الشـــافعى أن ولاية الاجبار تستمر ما دامت المراة بكرا ، فللولى ان يجبرها على الزواج ما دامت كذلك ، لأن البكارة عنده هى السبب فى ولاية الاجبار ، فلا تثبت ولاية الاجبار قبـــل البلوغ اذا كانت ثيبا . وبالتالى لا تثبت عليها ولاية تزويج اذا صارت ثيبا وهى صغيرة ، على ما سنبين ان شـــاء الله تعالى .

ومذهب مالك — أن ولاية الاجبار تزول عن الثيب اذا بلغت ، وتكون باقية اذا لم تبلغ البلوغ الطبيعى .

واما البكر فان ولاية الاجبار تستمر عليها حتى تبلغ الثلاثين ، او الثالثة والثلاثين ، على الاختلاف فى ذلك عند مالك رضى الله عنه ، وقد نبين ذلك عندما نتكلم فى حدود ولاية التزويج ان شـــاء الله تعالى .

الأولياء على النفس ومراتبهم وشروطهم

الولاية عند الحنفية : الأوليـــاء على النفس عند الحنفية ، لا فرق عندهم بين ولى مجبر ، وولى غير مجبر ، بل الولاية عندهم تثبت عندما تثبت لمن تثبت لهم من غير تفرقة بين ولاية اجبارية ، وولاية اختيـــار ، وولاية الاختيار عندهم لها مظهران :

اولهما — المشاركة فى اختيار الزوج عند من يرى المشاركة واجبة ، واستحباب المشاركة لمن يراها مستحبة ، وهو ابو حنيفـــة ورواية عن ابى يوسف رضى الله عنهما .

المظهر الثانى — هو حق الاعتراض اذا زوجت البـــالغة العـــاقلة نفسها من غير كفء ، أو بمهر دون المثل ، فان ابا حنيفة يرى أن الزواج فى هذه يكون غير لازم ، وللولى حق طلب الفسخ ، وروى الحسن بن زياد اللؤلؤى عنه أن النـــكاح يكون فاسدا ، على ما سنبين فى ولاية التزويج ان شـــاء الله تعالى .

وغير الحنفية يفرقون بين الولى الذى له ولاية الاجبـــار ، والولى الذى له ولاية الحفظ والصيانة وولاية الاختيـــار فى الزواج .

الاوليـــاء عنـــد الحنفيـــة

ثبوت الولاية للعصبات : لنبتدىء بالكلام على الأولياء عند الحنفية ، والولاية بنوعيها تثبت باتفاق الحنفية للعصبات ، وقد ثبت ذلك لديهم بالقرآن والسنة والقياس ، أما القرآن فقوله تعالى : « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الـــكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » فقد ذكر أن أم المؤمنين عائشـــة رضى الله عنها قالت انها نزلت فى اليتيمة التى تكون فى حجر وليها ويرغب فى نكاحها ، ولا يعدل معها فى صداقها ، وهذا يدل

على أن ولاية الاجبار لغير الأب والجد ثابتة لغير المحارم من ابناء الأعمام، والوصف الذى يربطها به ويجعله وليا عليها هو كونه عصـــبة .

واما الدليل من السنة ، فهو قوله : « الانكاح الى العصبات » . ولقد زوج النبى صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة من ابن ابى‌سلمة وهما صغيران ، وما كانت تربط بينه وبينها الا رابطة العمومة ، وبهذا يثبت أن ولاية الاجبار تثبت لـــكل العصبات .

واما من جهة الراى والقيـــاس ، فان الولاية على النفس تثبت للزواج ، وتثبت لرفع العار عن الاسرة ، وتثبت للحفظ والصيانة ، وذلك أن الذين ينالهم الأذى من عدم صيانة الشخص هم عصبته ، فهم الذين يتكافلون معه فى دفع الأذى ، فيشاركون فى الديات عن الدماء اذا جن ، فـــكان لهم بذلك حق حياطته وصيـــانته والمحافظـــة عليه .

وانه باتفاق الفقهاء ولاية الاختيار تكون للعصبات ، فمنع بعضهم من الولاية عند الصغر أو القصر تفرقة من‌غير سبب ، وسبب الولاية هو الضعف ، فيطرد ذلك السبب ، ويوجب الحق للولى فى دفع العجـــز ، حيث يكون العجز .

ثبوتها لبقيـــة الاقارب :

وقال ابو حنيفة مخالفا الصاحبين من تلاميذه ان الولاية على النفس تثبت لبقية الاقارب ، اذا لم تكن عصبات بانفسهم ، لا فرق فى ذلك بين ذكر وانثى عند ابى حنيفة رضى الله عنه ، لان الانثى عنده تتولى انشاء الزوج ، ولذلك بعد العصبات من الرجال تكون الولاية عنده ، للأم ، ثم بنت الابن ، ثم بنت ابن ابن الابن ، ثم بنت البنت ، وهكذا ، ثم الجد أبو الأم ، ثم الأخت الشقيقة ، ثم لأب ، ثم الاخوة أو الاخوات لأم ، ثم الاخوال والخالات ، ثم بنات الاعمام والعمات ، وهكذا .

والاصل الذى قام عليه الخلاف بين‌الامام والصاحبين ان‌الامام يرى ان سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة ، والصاحبان يريان ان سبب الولاية هو التعصيب ، لان العصبات هم عاقلة المولى عليه الذين ينالهم عار الزواج ، وهم الذين يجب عليهم الحفظ والصيانة . ولان النبى صلى الله عليه وسلم قصر الانكاح الى العصبات ، والقصر نفى واثبات ، فهوقد نفى الولاية عن غيرهم واثبت الولاية لهم ، والحفظ والصيانة يتبع الشفقة وقوة القرابة ولحوق العار من الفساد ، وذلك كله يكون للعصبات دون غيرهم .

وفوق ذلك أن الحفظ والصيانة يكون للرجال دون النساء ، لأن الرجال هم القادرون على ذلك ، والنساء لا يقدرن عليه .

وأما أبو حنيفة فانه ينظر الى الشفقة لانها سبب تلك الولاية ، اذ هى للرعاية والصيانة ، وحسن القيام على شئون القاصرين الذين يعجزون عن أن يقوموا بشئونهم بأنفسهم ، ويحتاجون الى حماية فى وسط المجتمع الصاخب المائج ، ولاشك ان الاقارب ، ولوكانوا غير عصبات أولى من السلطان أومن ينيبه ، لانهم أشفق ، ولان القاضى لا يتولى بنفسه بل يتولى بنائبه الذى يقيمه . ولقد اثر عن عبد الله بن مسعود انه اجاز لامراة ان تتولى عقد زواج بنتها ، وما كان لمثله ان يجيز تزويج امراة ، الا وهو يعلم أنه من الدين ، وليس مخالفا له .

ترجيح راى ابى حنيفة :

وقد رجح كمال الدين بن الهمام من فقهاء التخريج فى المذهب الحنفى راى ابى حنيفة .

وأن قول الامام ابى حنيفة فى مذهبه يكون هو الراجح على غيره ، الا اذا نص علماء الترجيح فى هذا المذهب على ترجيح غيره ، ولم تصريح بترجيح راى غير الامام ، بل انكمال بن الهمام ، كما رأيت صرح بترجيحه.

وعبارات القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ تشير باشارة مبهمة غير بينة الى الاخذ براى الامام فى ذلك وهذا نصها كما جاءت بها المادة ١٢ :

« يقصد بالولى فى تطبيق احكام هذا القانون الأب ، والجد والام والوصى ، وكل شخص ضم اليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص » .

ولا شك أن كون الأم وليا على النفس لا يوجد الا فى راى ابى حنيفة، ولكن أضيفت عبارات أخرى مثل عبارة « والوصى وكل شخص ضم اليه الصغير » . ومع ذلك لايمنع هذا من انه اخذ براى ابىحنيفة ، وخصوصا أن ما لانص فيه من الاحكام الفقهية يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبى حنيفة وقد تبين الراجح .

وننتهى من هذا الى ان المذهب الحنفى يعتبر الأولياء على النفس للحفظ والصيانة والتزويج ، سواء أكانت الولاية فيه للاجبار ، ام ولاية

اختيار ، هم منذكرنا مع تفاوت مراتبهم ، والاختلاف مقصــور حول غير العصبات بأنفسـهم . وغيره من المذاهب هو الذى يكون فيه التفريق بين الاولياء بنوع الولاية .

الاولياء عند غير الحنفية :

وغير الحنفية تنقسم **الولاية** عندهم الى ولاية الحفظ والصيانة . والى **ولاية التزويج ، وهى تسمان ولاية الاجبار ، وولاية الاختيار .**

ونتكلم اولا فى ولاية الاجبار : وهى التى يستبد فيها الولى بالزواج من غير رأى المولى عليها . وقد اختلف الفقهاء غير الحنفية فيمن تثبت له ، وان كانوا جمعيا ، يدورون حول قطب واحد وهو وضعها فى اطار الاصول من العصبات دون غيرهم ، وذلك لان الولاية فى التزويج تتعلق بمستقبل القاصر فى حياته كلها ، اذ أن العقد هو عقد الحياة ، ويجب أن نجد الولاية فيه ، فتقتصر على من تكون حياته امتدادا لحياتهم وتتوافر فيهم الرغبة فى المصلحة ، وكمال الشفقة ، وتوافر الرعاية الحسنة ، واولئك هم الاصول من العصبات دون غيرهم . ومع قصرهم الولاية فى هذه الدائرة الضيقة منهم من اشتد فى التضييق .

وعلى راس المضيقين **الامام مالك** رضى الله عنه ، فقــد قصر ولاية الاجبار على الأب وحده ، وعلى وصى الاب بالتزويج وبهذا يكون قد قصر الولاية على الأب ، واختصه بها لكمال شفقته ، ولانه لا يمكن أن يقيد ولده بقيد طول حياته الا اذا كان قد قدر له مصلحة لا شك فيها ، وخصوصا اذا كان كامل النظر ، مع وفور شفقته .

ولما كان **الاب له** ذلك الاختصاص بوفور الشفقة وكمال الرعاية، فانه اذا خشى الموت منغير ان يحقق مصلحة ولده الصغير أو ابنته فىحياته، ورأى رجلا ثقة امينا مأموما ، فعهد اليه بذلك بعد وفاته ، جاز ، ولذلك تثبت هذه لوصىالأب،كما تثبت له، لانه نائبه بعد وفاته وكما أن له التوكيل فى حياته،فله الايصاء بعد وفاته ، والايصاء فى مضمون معناه ليس الا انابة.

والامام احمــد كالامام مالك رضى الله عنهما يضيق نظام **الولاية** فى الاجبار ، فيقصره على الأب ، وعلى وصى الأب بيد انه يشترط فىالوصى ان يكون الأب قد عين له من يزوجه من وليه ، ولا شك أن هذا تضييق لعمل الوصى اكثر من الامام مالك لان الامام مالكا فوض للوصى ، من غير أن يعين له شخصا معينا ، بأن يعد متجاوزا للوصــاية اذا زوج من غيره .

وان هذا التخصيص معقول المعنى ، لان معناه ان يكون الأب قد اختار زوجا لولده ، ولكنه خشى ان تسبقه المنية قبل تتميم رغبتـــه فاوصى بهذا الايصاء ، وذلك يدل على فرط رغبته فى اختيار من اختاره ، فيكون كأنه قد وكل ذلك الوصي لخشية الفوات ، وفى الحقيقة ، يعد الاب فى هذه الحال من حيث المعنى كأنه هو الذى زوج ، لان عمل الوصي امتداد واضح لارادته، اذ عين موضوعها .

وقال الشافعى ان ولاية الاجبار تكون فقط للأب والجد ، ولا يكون للوصى ، ومذهبه فى الواقع مبنى على مذهب مالك واحمد بيد انه اعتبر الجد العاصب كالاب من كل الوجوه اذ هو اب فى الاحكام عند فقد الاب ، ولأن له من وفور الشفقة ، وحسن النظر ما للأب تماما ، وان كان دونه فى الترتيب، لان قرابته عن طريق الأب فهو يدلى الى القاصر عن طريقه ، فيكون اقرب منـــــه .

وان مذهب هؤلاء الأئمة الثلاثة يقوم على ان الولاية الاجبارية لا تثبت الا للحاجة. وهؤلاء الصغار ليسوا فى حاجة الى الزواج ، ولكن لان الأب وافر الشفقة يعرف مصلحة اولاده ، فتثبت له الولاية لكمال شفقته ، فهى تثبت له على القياس ، وقد تبتت فى الأب لهذه المصلحة ، والشافعى ألحق الجد العاصب بالأب ، لأنه اب ، ووافر الشفقة مثله ، فيثبت له مايثبت له بحكم التساوى فى سبب الثبوت .ولا يقاس غير الاب والجد عليهما لانه ليس كامل الشفقة ، وافر الايثار للقاصرين مثلهما .

والولاية عند الشــيعة الزيدية قــريبة من المذهب الحنفى ، وعند الشيعة الامامية قريبة من المذهب الشافعى ، فانهم يثبتون ولاية الاجبـــار للأب والجد فقد ، ولا يثبتونها لغيرهما .

الترتيب بين الأولياء فى المذهب الحنفى :

ولنترك الكلام فيمن تثبت عليه ولاية الاجبار الى الكلام فى الترتيب فى ولاية التزويج فهو فيها أنسب .

وقد ذكرنا أن المذهب الحنفى ، فيه أن الولى فى الاجبــار والاختيار واحد ، وهو ايضا الولى فى المحافظة والصيانة ، وقد قرر الفقهاء بالاجماع أن الولاية فى الاختيار والمحافظة للعصبات ، وترتيبهم كترتيبهم فى الميراث مع ملاحظة أن الولاية عندهم للرجال دون النساء ، لانهم هم الذين يحسنون

الاختيار فى المشاركة ، وهم الذين يستطيعون المحافظة ، وترتيبهم هنا كترتيبهم فى الميراث ، والاختلاف بينهم فى بعض العصبات منشؤه اختلافهم بالنسبة له فى الميراث .

ومن المقرر أن ترتيب الميراث هو أن يكون التقديم بقرب الجهة ، فتقدم جهة البنوة على جهة الأبوة ، وجهة الابوة على جهة الاخوة ، وجهة الاخوة على جهة العمومة ، والعمومة جهات فأولاد الجد الاول جهة ويتقدمون على اولاد الجد الثانى واولاد الثانى على الثالث وهكذا ، اذ كل واحدة منها جهة ، صلتها بمن قبلها كصلة العمومة بالاخوة .

وان كانوا جميعا من جهة واحدة فانه يقدم الاقرب درجة ، فيقدم الابن على ابن الابن ، ويقدم الاخ ولو لأب على ابن الاخ ، ولو كان شقيقا ، ويقدم الأب على الجد ، ويقدم العم على ابن العم .

وان اشتركوا فى قرب الدرجة قدم أقواهم قرابة فمن تكون قرابته لابوين يقدم على من تكون قرابته للأب فقط ، فيقدم الاخ الشقيق على الاخ لأب ، وابن الاخ الشقيق على ابن الاخ لأب ، ويقدم العم اخو الاب شقيقه على العم اخى الأب لأب ، وهكذا .

وقد جرى خلاف فى المذهب الحنفى بين فقهائه ، وخلاف له مع غيره ، أما الثانى ، فنؤجله الى الكلام فى المذاهب الاخرى . واما الذى فى المذهب الحنفى ، فنبينه فيما يلى :

(أ) كان مقتضى الترتيب السابق ان يقدم ابن المعتوهة على أبيها ، لان جهة البنوة مقدمة على جهة الابوة وهذا هومقتضى القياس ، وقد قال به الشيخان ابو حنيفة وابو يوسف ، لان الجهة هى السبب فى تقديمه ، وقال محمد : الأب فى هذه الصورة مقدم ، لمعنى استحسانى ، وهو انه اوفر شفقة ، واكثر خبرة فكانت ولايته اقوى ، ولانه الاب تثبت له الولاية على النفس وعلى المال معا ، بينما الابن لا تثبت ولايته الا على النفس فقط ، فكان هذا دليلا على ان صلة الأب من حيث الولاية اقوى ، والعرف فى كل الامصار والعصور يسير على هذا التقديم .

وروى عن ابى يوسف انه قال ايهما زوج فزواجه صحيح ، لانهما متساويان فى قوة الولاية ، فالأب قوى بوفور شفقته وخبرته ، والابن قوى بقرب جهته ، فكانا بهذا كأنهما فى درجة واحدة ، واذا اجتمعا قدم الأب على هذه الرواية عن أبى يوسف .

ويقول صاحب البدائع " الافضل ان يفوض الابن الانكاح الى الاب احتراما له ، واحترازا عن موضع الخلاف .

(ب) من المقرر أن **الاقوى قرابة يقـدم فى الولاية** ، فمن كان لابوين يقدم على منكان للأب فقط ، ولكن الامام زفر بن الهذيل خالف فى ذلك بالنسبة للأخ الشـقيق والاخ لأب ، فقـال ان الاخ لأب فى ولاية التزويج كالاخ الشقيق ، تماما ، لانهما قائمان مقام الأب ، وصلة الاخ لأب كصلة الاخ الشقيق ، ولا رجحان لأحدهما على الآخر فى النسبة اليه ، ولأن أساس الولاية فى الزواج القرابة الأبوية ، فلا عبرة لقرابة الأم ، فتعتبر هنا فى حكم اللغو ، فلا تعتبر هنا قوة ولا تثبت ترجيحا .

وحجة الامام والصاحبين أن الولاية للعصبات ، وهى فى ترتيبهـا كالميراث ، والاخ الشقيق مقدم على الاخ لأب فى الميراث ، فيتقدم هنـا ، والأم ليست ملغاة فى القرابة المورثة ، فكذلك هنا وهو تثبت قوة الشفقة فى الشـقيق .

(ج) مما تقرر يتبين أن جهة **الأبوة مقدمة على جهة الأخوة** ، وكان مقتضى هذا أن الجد الصحيح وهو ابو الأب وان علا اذا لم تتوسط بينه وبين المولى عليه أنثى يكون مقدما على الاخوة الاشقاء او لأب ، وظاهر عبارات فقهاء الحنفية أن ذلك بالاتفاق عندهم ، ولكن ذكر الحسن الكرخى أن تقدمه هو راى أبى حنيفة ، اما راى الصاحبين فهو انهم معه على سواء ، فيعتبر كأخ شقيق ، ان كانوا اشقاء ، وكأخ لأب ، ان لم يكن الا اخوة لأب ، وذلك لأن أبا حنيفة يقدمه عليهم فى الميراث ، فيتقـدم عليهم فى الولاية ، والصاحبان يجعلانه معهم فى الميراث ، فيكون معهم فى الولاية ايضـا .

ولقـد ذكر السرخسى فى مبسوطه ان الأصح هو ان تقـديم الجد رأيهم جميعا ، وذلك الراى له مقامه فى الاعتبار ، لأن الميراث يقوم على مجرد الصلة العصبية ، أما الولاية ، وخصوصا ولاية الحفظ والصيانة ، فانها تقوم على الشفقة والرعاية ، ولا خلاف بين الناس فى أن الجد أكثر رعاية للقاصر من الاخوة ايا كانوا .

(د) اذا لم يكن الا ولى واحد فانه يكون هو الولى وحده ، واذا تعددوا ، قدم الاولى منهم على حسب الترتيب السابق ، الذى ذكرناه . فان **تعددوا وكانوا فى درجة واحدة** ، ولا وجه لتـقديم احدهم على الآخر

تثبت الولاية لكل واحد منهم كاملة ، لأن الولاية لا تقبل التجزئة ، وعلى ذلك يكون لكل واحد منهم ولاية التزويج ، وولاية الحفظ ، والقاضي يختار بالنسبة للحفظ واحدا منهم يراه أكمل خلقا وأوفر رعاية ، مع ان الباقين لا يتخلون عن الرعاية الواجبة بحيث يحوطه الجميع بالصيانة والحفظ وان كان المسؤول لدى القضاء احدهم .

(هـ) واذا لم يكن ولي عاصب ، فقدعلمت ان ابا حنيفة لاينقل الولاية الى من يعينه القاضي ، بل يجعلها لبقية الاقارب ، على النحو الذى بيناه ، أما الصاحبان فانهما يقرران ان الولاية ان لم يكن عصبات تنقل الى من يعين القاضي ، لأنه لايوثق فى الحفظ والصيانة ، وحسن الاختيار فى الزواج وخشية العار الا من يكون من العصبات .

والقاضي الذى يؤول اليه أمر الولاية على القاصرين هو القاضي الذى نص فى مرسومه على أن له حق الولاية على شؤون القصر .

مذهب مالك :

المذهب المالكي يجعل ولاية الاختيار ، وهى أيضا ولاية الحفظ والصيانة تكون للعصبات بترتيبهم فى الميراث :

(١) فتكون للابن ، ولو كان الابن من زنى ، لأنه العصبة . وعلى ذلك لا يكون للأب عنده ولاية مع وجود الابن .

(٢) فان لم يكن ابن ، فالولاية تكون للأب ثم للاخوة الاشقاء او لأب على الترتيب بينهم والجد دونهم وان كان معهم فى الميراث على سواء عند المالكية ، وجهة الاخوة بشكل عام تقدم على حسب الدرجة .

(٣) وتجيء بعد ذلك جهة العمومة على الترتيب الذى بيناه من قبل.

(٤) ثم تكون لمولى العتاقة ، لأنه عصبة ، وأن كانت عصبته سببية ، وليست نسبية .

(٥) كافل اليتيم وان كان اجنبيا عنه ، فمن كفل صغيرة حتى بلغت عشر سنين ، وخيف عليها الفساد ، فله أن يزوجها باذنها ، وكذلك من بلغت . واشترط المالكية فى الزواج بالكفالة ولو اجنبية الا تكون من اسرة شريفة معروفة بل تكون ممن لا اسرة لها تعنى بأمرها ، فان الولاية

لمن عنى بالفعل ان لم تكن اسرة تعنى بها ، لانه حفظها وصانها ، فحق له أن يستمر على ما ابتدأ بمشاركتها فى اختيار زوجها .

وانه بتطبيق هذا المبدأ تكون الولاية على النفس بالنسبة للقيط لمن التقطه ، لانه هو الذى تكفل به ورباه ، وهذا مبدأ قويم جدير بالاعتبار ، لأنه اذا كان اهل القاصر قد اهملوه ، فقد قطعوا ما امر الله به أن يوصل فحق عليهم الحرمان من سلطان الولاية ، وهذا الذى تبرع بالكفالة والتربية ، وكفلها حتى انبتها نباتا هو الجدير بان يرعى ما انبت.

(٦) السلطان ، وهو ولى من لا ولى له ، ويكون عندما يشتجر الأولياء كما صرح النبى صلى الله عليه وسلم ، اذ قال « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » ، ويكون اذا كان الولى قد غاب غيبة لايمكن انتظار رايه او معرفة رايه ، وينوب مناب السلطان من يعينه ، أو من يعينه القاضى الذى اعطاه السلطان ولاية تزويج القصر ، وتعيير من يرعاهم ويقوم على شؤونهم .

(٧) فاذا كانوا فى مكان ناء عن الحكم وولاية المسلمين العامة ، فانه يكون عامة من يحضرون من المسلمين لهم الولاية ، يختارون من بينهم من يرعى القاصرين ، أو من يتقدم لرعايتهم ، ويشارك من يريد الزواج من النساء ، وأى فرد يتقدم لذلك كانت له ولاية المشاركة .

وان ذلك بلاريب يوجب تكافل المسلمين فى عامة امورهم ، والظاهر ان ذلك فرض كفاية اذا لم يقوموا به اثم الجميع ، وخصوصا بالنسبة لواجب الرعاية والصيانة .

فى المذهب الشافعى .

جعل الشافعى الولاية للعصبات ايضا لكنه ابتدأ بالاصول . وجعل الولاية لهم ابتداء ، ولم يذكر الفروع لان الفروع لا يكونون أولياء الا بالنسبة للمجنون المعتوه ، وهم لايجيزون زواج هذين الا باذن من القاضى . ولكن ولاية الحفظ والصيانة بلا ريب تكون للفروع كما تكون للاصول ، ولذلك لا يسوغ حذفهم الا اذا كان اعتبر ولاية الحفظ والصيانة تكون دائما باذن من القاضى ، الا اذا بلغ مجنونا او معتوها فانها تكون للولى الاصلى ، وهو الأب ، ثم الجد . **ولذلك تثبت الولاية على الوجه الآتى :**

(أ) الاصول ، واولهم الأب ، ثم يليه الجد ابو الأب وان علا، وذلك لتمييزه بالشفقة عن الاخوة الأشقاء ولأب ، وبذلك فصل الميراث عن الولاية ، لأن الاخوة يشاركون فى الميراث مع الجد وان علا . ولكنه مع ذلك جعل الولاية له ، لأن هذه مبناها الشفقة ورعاية المصلحة ، وهما أوفر فيه . وبذلك يخالف المالكية ، ويلتقى مع الاصح عند الحنفية الذى ذكره السرخسى .

(ب) ثم من بعد ذلك الاخوة الاشقاء ، ثم الاخوة لأب ، وهو بذلك يتفق مع رأى ائمة المذهب الحنفى الثلاثة ويخالف زفر .

ويظهر ان أولاد الاخوة أيضا يقدمون على الأعمام لتقديم جهة الاخوة باطلاق على جهة العمومة .

(ج) ثم جهة العمومة بترتيبهم فى الارث على النحو الذى بيناه فى الفقه الحنفى ثم سائر العصبات من هذه الجهة بترتيبهم فى الميراث .

(د) ثم من بعد ذلك العصبة السببية .

(هـ) ثم القاضى (١) .

ونجد المذهبين المالكى والشافعى يتلاقيان فى الجملة مع المذهب الحنفى بالنسبة لولاية الحفظ والصيانة وولاية الاختيار فى التزويج .

فى المذهب الحنبلى :

المذهب الحنبلى كالمذهب الشافعى يقدم الأب على الابن ، بل انه يقدم الاصول جميعا على الفروع ، وقد بين وجهه ، وقد اتفق الحنابلة على تقديم الأب على الابن ، وقد احتج ابن قدامة فى المغنى لذلك الرأى بقوله :

« دلنا ان الولد موهوب لأبيه ، قال تعالى : (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لى من لدنك ذرية طيبة) وقال : (فهب لى من لدنك وليا) وقال ابراهيم : (الحمد لله الذى وهب لى على الكبر اسماعيل واسحق) وقال صلى الله عليه وسلم : (انت ومالك لأبيك) . واثبات

---

(١) راجع فى ذلك شرح المناهج جـ ٦ ص ٢٢٦ .

ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولان الاب اكمل نظرا ، وأشد شفقة فوجب تقديمه فى الولاية ، كتقديمه على الجد ، ولأن الأب يلى ولده فى صغره وسفهه وجنونه ، فيليه فى سائرها ثبتت الولاية عليه بخلاف ولاية الابن ، ولذلك اختص (أى الأب) بولاية المـــال . . . ولان الولاية احتكام ، واحتكام الاصل على فرعه أولى من احتكام الفرع على اصله » (١) وقد ذكر الفرق بين الميراث والولاية فذكر ان الميراث يعتبر فيه القرابة وقوتها فقط ، وليس فيه احتكام ولا ولاية .

ونقول : ان الميراث يلاحظ فيه معنى الخلافة ومقدار الحاجة ، ولا يلاحظ الشفقة ورعاية المصلحة ، ولا شك ان حاجة الابن الى المال اكثر من حاجة الأب ، ولأن معنى الخلافة الطبيعية يتحقق فى الابن ، ولايتحقق بوضوح فى الأب ، وبالنسبة للجد ، الراجح فى المذهب الحنبلى أنه يقدم كالأب على الابن ، وعلى الاخوة ، ويخالف ذلك الرأى الراجح آراء ثلاثة أخرى كلها روى عن الامام احمـــد .

اختـــلاف الروايات عن الامام احمـــد

أولىالروايات : أن الابن مقدم علىالجد ، سيرا علىنظام الوراثة ، وهو رأى الشيخين من المذهب الحنفى ورأى مالك .

الرواية الثانية : أن الاخ يقدم على الجد ، وهو رأى مالك ، وقـــد ستناه من قبل ، وحجته أن الاخوة يدلون بالأب ، والجد يدلى الى المولى عليه بالاب ، ولو اجتمع اب ، وهو الجد ، وابن وهو الاخ لكان الميراث للابن اكثر من الميراث للأب ، وكان ينبغى أن يقدم الاخ فى الميراث على الجد ، ولكن لانعقاد اجماع الصحابة على انه لا يأخذ أقل من الاخ ، خولف ذلك الاصل فى الميراث ، ولكنه مع ذلك بقى قائما ، فيعمل به فى الولاية .

الرواية الثالثـــة : أن الجد والاخوة سواء فى استحقاق الولاية ، فيكون معهم كأخ ، وذلك لأنه فى الميراث كذلك ، فيعامل فىالولاية كمعاملته فى الميراث .

وقد ساق ابن قدامة حجة الرأى الاول الراجح ، وهو الرواية عن

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٥٦ طبـــع المنـــار الثانية .

احمد . وخلاصة ما ذكره أن صلة القرابة بالجد اقوى من صلة غيره ، وقد ثبت ذلك فى احكام كثيرة ، فلا تقطع يد الجد ان سرق مال فرعه ولا يقتل اذا قتله ، والجد لا يحجب الا بالأب ، بينما غيره يحجب بالفرع المذكر ، واذا كانت قوة قرابته اقوى ، فانه يقدم فى الولاية .

ومن بعد الاصول من العصبات تكون الولاية للفروع من العصبات بأنفسهم ، وقد خالف فى ذلك الشافعى وكلامه واضح بالنسبة لولاية الاجبار ، ولكن فى ولاية الاختيار ما حجته ؟ يقولون : ان حجته هو انه ليس من المناسب أن يزوج المرء امه ، لان الولاية معناها سلطان منه عليها ، وليس من المناسب ان يكون له عليها سلطان ولانه بالفطرة ينفر الابن من زواج امه ، فلا يكون نظره فى مصلحتها ، ولأن ثبوت الولاية له مع تلك الروح المعاندة والمنافرة ، فما يؤدى اليه يكون ممنوعا ، لانما يؤدى الى عضلها ، وذلك ظلم ، كما يؤدى اليه يكون ممنوعا ، لأن ما يؤدى الى المنوع يكون ممنوعا .

وان لذلك الكلام وجاهته من ناحية ولاية الزواج الاختيارية بلا ريب ، ولكن من ناحية ولاية الحفظ والصيانة فان ذلك واجب على الابن محافظة على كرامة امه ، ولم يكن ذلك موضع خلاف ، بل هو اولى الناس بها وبابيه فى ذلك ، ولم يكن من الشافعية من يناقض هذا .

واما ولاية التزويج بالنسبة للمجنون والمجنونة وللمعتوهة ، فان ذلك على اساس المذهب الشافعى لا يكون الا باذن من القضاء . لأسباب مسوغة لهذا ، كأن يقرر طبيب عادل أن هذا يفيد المجنون أو المجنونة صحيا .

وقد رد صاحب المغنى عن ذلك النظر بالاثر الوارد عن النبى صلى الله عليه وسلم .. وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم لما انقضت عدة ام سلمة خطبها ، فقالت : يا رسول الله ليس احد من اوليائى شاهدا . فقال عليه السلام : « ليس من اوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك » فقالت : « قم ياعمرو فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجه» فدل هذا على أن الفرع يكون له ولاية الاختيار .

وفوق ذلك ، فان موجب القياس ان يكون للفرع من ولاية الاختيار ما لسائر العصبات ما دام عدلا امينا يقدر الامور ، فحرمانه من ذلك مع مناهضته للأثر حرمان له من حق ثابت من غير مبرر لذلك ، ثم هو اشفق على امه من غيرها فيكون اولى من غيره ، وان خوف الاعتراض أو

المعاندة ممنوع ، لأن القضاء يكون لمنع ذلك الضرر المتوقع ، ولأن الحقوق الثابتة بالنصوص الفقهية لا تسقط بأمور متوقعة ، فلا يمنع حق لتوقع ظلم ، لأن المنع ذاته يكون ظلما ، ولكن يمنع الظلم ان وقع ، فان عاند وامتنع ، زوجها القاضى ، او نقل الولاية لمن يليه .

اذا لم يكن للمراة اصول ولا فروع ، فان الولاية تنتقل الى الاخوة كالمذهب الحنفى ، ويتقدم الاخ الشقيق على الاخ لأب لقوة قرابته ، ويليه الاخ لاب ، ان لم يكن أخ شقيق . وهذه احدى الروايات وذلك متفق عليه فى المذهب الحنبلى ، وبقية المذاهب الفقهية .

اذا اجتمع الشقيق مع الاخ لاب :

ولكن هناك روايات أخرى اذا اجتمع الشقيق مع الاخ لاب ايكونان اولياء معا ؟ أم تكون الولاية للشقيق ، لأنه متقدم ؟ اختلفت الرواية فى ذلك عن الامام أحمد رضى الله عنه .

الرواية الاولى — انهما سواء فى الولاية ، وذلك هو راى زفر الذى قررناه من قبل ، وراى ابى ثور من تلاميذ الشافعى ، وراى الشافعى فى القديم . وحجة ذلك الراى : ١ — انهما استويا فى الادلاء بالأب وهو سبب العصوبة ، والعصوبة سبب الولاية ، فاذا استويا فى سبب الولاية فلا ارجحية لأحدهما على الآخر — ٢ — ولأن العار الذى يلحق بزواجها ممن دونهما ينالهما بقدر واحد ، فاتفق السبب والباعث ، فتثبت الولاية بقدر واحد . ٣ — انه لا مدخل للأم ولا لقرابتها فى الولاية ، بدليل أنه لو كان عم هو خال ، وعم ليس بخال ، ما كانت تلك الخئولة مرجحا فى العمومة ، فلا تكون الأم ايضا مرجحا فى الهذا المقام . وكابنى العم ، واحدهما اخ لأم لا ترجيح لابن الأم على الآخر ، فالأم لا ترجح هنا ايضا .

والرواية الثانية — ان الشقيق يقدم ، وهو رأى أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، ومالك والشافعى فى الجديد . وهو الصحيح الراجح عنده كما ذكرنا ، لان قوة القرابة توجد شفقة أشد ، وهذه الولاية تقوم على الشفقة ورعاية المصلحة وذلك فى الشقيق اشد ، ولان الاساس هو الاستحقاق فى الميراث ، اذ مبناه على قوة العصوبة فتكون الولاية على النفس المبنية عليه مثله .

ومن بعد الاخوة تكون لاولادهم ، والخلاف فى الرواية والفقه الذى جرى فى الاخوة الاشقاء أو لأب من حيث التساوى يجرى مثله فى أولاد

الاشقاء ، واولاد الاخوة لأب ، والحجج فيه ماذكر أولا ـــ ومن بعد اولاد الاخوة يكون الاعمام أولاد الجد الاول ثم أولادهم من بعدهم ثم أولاد الجد الثانى ثم اولاده من بعدهم على الذى بيناه فى المذهب الحنفى .

ويلاحظ ان الخلاف الذى جرى حول الاشقاء والأب فى الاخوة واولادهم يجرى أيضا فى الاعمام مهما تكن درجات من يدلون به من أجداد واولادهم ، لان أساس المسألة هو كون قرابة الأم لها دخل فى الترجيح فى الولاية ام لا دخل لها فى الترجيح ، وذلك يسرى فى كل درجات التعصيب بالحواشى لا فرق بين قريب وبعيد .

ملاحظتان على ما جاء بالمذهب الحنبلى :

اولا ـــ ان المذهب الحنبلى لا يثبت الولاية لغير العصبات من الاقارب، وهو فى ذلك يتفق مع مالك والشـــافعى والصاحبين من المذهب الحنفى ، ويخالف بذلك ابا حنيفة رضى الله عنه الذى يجعل الولاية للاقارب ، مع ملاحظة أن ابا حنيفة لا يثبت الا ولاية الاجبار ، ولا يثبت ولاية الاختيار ، فليس لها اعتبار عنده انما يقوم مقامها ما سماه ولاية الاستحباب ، ويكون **بمثابة ولاية الاختيار حق الاعتراض من الاولياء ان زوجت نفسها من غير كفء.**

الامر الثانى: الذى يجب ملاحظته هو انه اذا لم يكن ثمة عصبة نسبية، فان ولاية الاختيار تثبت للعصبة السببية ، كما هو رأى مالك والشافعى ، وذلك لان سبب هذه الولاية هو المعاونة فى اختيار الزوج والمحافظة على النفس ، وذلك لا مقياس يضبطه الا الميراث ، لان الميراث ذاته نوع من المعاونة ، مادام ولى النعمة يرث ، فانه يكون وليا على النفس .

وهذه الولاية تثبت لمن يثبت له الميراث، والميراث يثبت للمعتق، ويثبت لعصبة المعتق من الذكور دون الاناث ، وان الشأن كذلك فى ولاية العصبة النســـبية .

ولكن يلاحظ ان يكون الولى على النفس من العصبة السببية مستوفيا لشروط الولى ، واولها أن يكون مسلما اذا كانت المرأة مسلمة .

انتقال الولاية الى السلطان :

تنتقل الولاية اذا لم تكن عصبة نسبية ولا سببية عند الامام احمد الى السلطان ، لصريح الحديث (السلطان ولى من لا ولى له) ، وروى أبو

داوود باسناده عن أم حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ، ومؤدى ذلك ان النجاشي زوجها باعتباره نائب ولى الأمر وهو النبى صلى الله عليه وسلم وفى الوقت ذاته كان وكيلا عن النبى صلى الله عليه وسلم ، فظاهر الامر انه تولى العقد بصيغة واحدة عن الجانبين .

والسلطان الذى له هذه الولاية هو الامام او الحاكم الذى يتولى أمور المسلمين أو من يفوض اليه ذلك سواء أكان واليا لاقليم، أم كان قاضيا قد نص فى مرسوم تعيينه حق تزويج من لا ولى له .

واذا كانت المراة تحت سلطان اهل البغى الخارجين على الامام ، أو الحاكم العدل ، فقد قرر الحنابلة ان الرئيس هو الذى يتولى ذلك باعتباره حاكما مسيطرا بحكم الواقع من غير نظر الى كون ولايته عادلة او غير عادلة .

وهذا نظر الى الواقع من غير قصد لنظريات الحكم ، لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يعبر عن ولى الامر الذى يتولى بأنه الامام ، او الحاكم العدل ، بل قال : (السلطان ولى من لا ولى له) وفى ذلك ايماء الى أن من يتولى أمر المسلمين بحكم التنظيم فى الاقليم او الحيز يكون له ذلك ، وفى ذلك ايماء أيضا الى انه لا يصح أن تكون أمور المسلمين فوضى ، بل يخضعون لحكم السلطان ، ويسعون فى تغييره على ما هو مقرر فى الفقه فى باب الامامة ، والله المهىء للرشاد ان شاء الله تعالى . ومذهب جمهور الفقهاء لم يتعرض لحكم أهل البغى بالنسبة للزواج ، وظاهر كلامهم لا يمنع ذلك .

بيد ان الامام مالكا قرر انه اذا لم يكن سلطان تكون الولاية لعامة المسلمين باعتبار ذلك من الفروض الكفائية ، فهل هذه الصورة ، وهى تحكم اهل البغى فى بلد أو اقليم يعد من هذا القبيل، وهو عدم وجود السلطان المنفذ ؟ الظاهر ذلك .

مسألتان فى المذهب الحنبلى :

تثار فى المذهب الحنبلى مسألتان : أحدهما — من تسلم على يد رجل أتكون له ولاية عليها أم الولاية تكون للسلطان ؟ والثانية — الوصاية فى الولاية الاختيارية أيكون لها موضع كما هى فى الولاية الاجبارية كما أشرنا من قبل ، أم الوصاية خاصة بالولاية الاجبارية باعتبارها امتدادا لولاية الأب ؟

أما المسألة الاولى : فقد قال ابن قدامة فى المغنى : « اختلفت الرواية فى المرأة تسلم على يد رجل ، فقال (أى احمد) فى موضع : لا يكون وليا لها،ولا يزوج ، ويأتى السلطان ، لانه ليس من عصبتها ، ولا يعقل عنها ، ولا يرثها ، فاشبه الاجنبى ، وقال فى رواية اخرى فى امرأة أسلمت على يد رجل : يزوجها ، وهو قول اسحاق . وروى عن ابن مسعود انه لا يفعل ذلك حتى يأتى السلطان . وعن الحسن انه كان لا يرى بأسا ان يزوجها نفســــه .. وروى عن أبى داوود باسناده عن تميم الدارى انه قال : « يارسول الله ما السنة فى الرجل الذى يسلم على يد الرجل من المسلمين » قال : « هو أولى الناس بمحياه ومماته » الا أن هذا الحديث ضعفه احمد .

هذا جوهر الخلاف فى هذه المسألة ، واننا نرجح الرواية التى تجعل من أسلمت على يديه له ان يزوجها ، لانها انقطعت عن اهلها ، وليس فيهم من يصلح للولاية عليها فى شؤون الزواج وشؤون الحفظ والصيانة ، فهو أولى برعاية مصالحها اذا كان من اهل الصلاح والتقوى ، كما هو الشرط فى كل ولى .

وان لذلك نظائر فى المذهبين الحنفى والمالكى ، فالحنفى يثبت حقوقا لولى الموالاة . والمالكية يعتبرون من يكفل اليتيم اولى بتزويجه اذا كبر وكان امرأة ، لان تلك الكفالة اوجدت له حق الرعاية .

والمسألة الثانية : وهى ثبوت ولاية التزويج بالوصاية ، لقد قلنــا ان الولاية الاجبارية تثبت لوصي الاب عند احمد اذا عين الأب الزوج ، وبينا وجهة ذلك ، ووازنا بينه وبين المذهب المالكى فى هذا .

ولــكن هــل الولاية الاختيارية كالولاية الاجبارية فى ذلك ؟ روى عن احمــد فى ذلك روايتــان :

احداهما : أن الايصاء يجوز ، وينفذ ، وينطبق جواز الايصاء لــكل ولى فى درجتــه .

والثانية : ان الايصاء لا يجوز . وحجة الرواية الاولى أن الوصى قائم مقام الولى فيما يكون له من حقوق ، ومن حقوقه ولاية التزويج ، فيصح أن يقيم غيره مقامه ، كما يصح له أن يوكل حيا ، والايصاء انابة كالوكالة بيد أنها بعد الوفاة . وحجة الرواية الثانية المانعة ان هــذه الولاية تنتقل بالوفاة الى من بعد الولى شرعا ، فلم يجز أن يوصى بها ، لان المحل ليس خاليا من بعده ، حتى يثبت غيره عنه فيه ، ومثل ذاك

أن يوكل بالتزويج بعد عزله عن الولاية ، ولأن أساس الولاية الشفقة ورعاية المصلحة ، وهذا لا يتوافر فى الوصى ، كما يتوافر فى الولى الذى تـــكون له الولاية شرعا من بعد وفاة الولى .

وبعض الحنابلة فصل ، فقال : ان كان الولى الذى أوصى بالولاية لمن بعده بمتقه ولى عصبة بعد وفاته ، فان الايصاء لا يجوز ، وأن كان لا يعقبه ولى عاصب ، بل تكون الولاية للسلطان ، فان الايصاء يجوز ، لأنه من المقررات الشرعية ان الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة .

وان ذلك التفصيل فيه تفاد للمصادمة بين الايصاء والولاية الثابتة شرعا ، وفيه اخـــذ بالايصـــاء فى الجملة .

اذا لم يكن ســـلطان ولا عصـــبة :

المذهب الحنبلى فيه حال فيها نظر آخر ، وهى حال ما اذا لم يكن سلطان ولا عصبة للمراة ، فمن الذى يتولى زواجها ، لقد قرر المذهب المالكى انه يتولى زواجها رجل عدل ، لأن الـــكافة تؤول الولاية اليهم ، ويكون ذلك فرض كفاية عليهم ، اما المذهب الحنبلى ، ففيـــه روايتـــان عن الامام أحمـــد .

احداهما : تدل على انه يزوجها رجـــل عدل ، وتنتقل الولاية الى الذين يكونون فى قبيلها ، أو على مقربة منها ، فانه يروى عنه انه قال فى دهقان قرية انه يزوج من لا ولى لها اذا احتاط لها فى الكفء والمهر اذا لم يكن فى الرستاق قاض ، وقد أخذ بهذا الراى بعض الحنابلة .

الرواية الثانية : انه فى هذه الحال لا يحتاج الانكاح الى ولى يتولى النكاح ، ووجه ذلك القول ان اشتراط ولى فى هـــذه الحال يمنع انكاح المراة ، او يجعله عسيرا ، وحيث كان الأمر بين وجود نـــكاح ينقصـــه الولى ، أو عدم نكاح ، يكون الاولى هو الاخذ بالنكاح الذى لا يـــكون فيه ولى ، لأن المصلحة ودفع الفساد ، لا يكونان الا بذلك .

ويظهر انها لا تزوج نفسها ، بل تختـــار من توكله فى ذلك ، لأنه بمقتضى المذهب الحنبلى ومذهب الجمهور أن النكاح لا ينعقـــد بعبـــارة النســـاء .



* * *

المذهب الاثنا عشرى :

المذهب الظاهرى لايثبت الا ولاية الاجبار ، ولا يثبت ولاية الاختيار وولاية الاجبار فيه تثبت على الصغير ، والصغيرة ، وتثبت على الكبيرة البكر . وكأنه اعتبر سبب ثبوت ولاية الاجبار عندهم بالنسبة للصغيرة البـــكارة .

والولاية لا تثبت الا للأب والجد ، ولا تثبت لغيرهما من الاولياء ، فلا تزوج الابكار الا بالآباء من الاولياء ، وغيرهم لا ولاية لهم ، اذ انهن لا ممرنة لهن بأحوال الرجال ، فالرجال صناديق مغلقة لا تعرفها اعذار النساء ، والابكار اعذار دائما .

وهناك رأى آخر فى مذهب الاثنا عشرية ، وهو انه لا ولاية على الصغير والصغيرة ، فلا ولاية بعد البلوغ قط ، ويظهر ان ذلك القول هو الراجح من المذهب الاثنا عشرى ، وقد صرحت امهـــات الـــكتب بأن المحققين فى ذلك المذهب يقررون بأن المرأة اذا بلغت عاقلة ملـــكت كل التصرفات والعقود ومنها النكاح ويستدلون بالقرآن والسنة ، فيستدلون بما استدل به ابو حنيفة الذى يتفق معهم فى هذا الرأى ، وسنتكلم فيها عن الاختـــلاف فى ذلك بين الفقهـــاء .

وانهم اذ يثبتون ولاية الاجبار للأب والجد ، ولا يثبتونها لغيرهما من العصبات يتفقون مع المذهب الشافعى الذى يجعـــل ولاية الاجبـــــار مقصـــورة عليهما .

وقد زاد المذهب الاثنا عشرى على المذهب الشافعى انه اثبت فى ولاية الاجبار الولاية للوصى الذى يعينه الأب ان كانت الولاية له ، او الوصى الذى يعينه الجد ان آلت الولاية اليه .

وكما تثبت الولاية الاجبارية على الصغير للأب والجد تثبت لهما ايضـــا على المجنـــون .

واذا كان الراجح عندهم هو أن الولاية الاجبارية هى التى تثبت ، ولا توجد ولاية اختيارية قط على الراجح ، فانه لا اولياء الا الأب او الجد أو ما يوصيـــان به .

واذا كان ثمة عصبة لها حق الاعتراض عند عدم الكفاءة ، فذلك فى الـــكفاءة لا فى انشاء الزواج .

تثبت ولاية الاجبار عند الزيدية على الصغيرة والصغير ، وتثبت لكل الاولياء عند الزيدية كما هو الامر عند الحنفية ، ولا يفترقون عن الحنفية الا فى امرين :

اولهما — فى اثبات خيار البلوغ ، فهو ثابت على الراجح عند الحنفية وغيرثابت علىالراجح عند الزيدية على مانبين‌ذلك فى موضعه من‌الدراسة ان شاء الله تعالى .

ثانيهما — ان الزيدية على الراجح عندهم يثبتون اجبار البكر البالغة اذا كان الولى هو الأب ، ولا يثبتون ذلك لغيره من الاولياء ومنهم من يجعل الجد كالأب فى هذا .

وهم يتلاقون فى ذلك مع الشافعى الذى يجعل البكارة علة للاجبار مهما بلغت ، ومع المذهب المالكى الذى يجعلها علة للاجبار إلى أن تعنس بأن تبلغ الثلاثين‌اوالثالثة والثلاثين‌على‌الخلاف بينهم ، كما يفتون مع احد الآراء عند الشيعة الامامية ، وان لم يكن ذلك القول هو الراجح عندهم .

والمراة لو كانت بالغة ما دامت تثبت عليها ولاية الاختيار او ولاية الشركة على ماهو راى جمهور الفقهاء ، وبذلك يخالفون ابا حنيفة رضى الله تعالى عنه ، فى قوله ان المراة لها ان تزوج نفسها بالكفء ومن غير رضا وليها ، بشرط أن يكون الزواج بمهر المثل ، ويسوقون الادلة الكثيرة من القرآن والسنة ، ويسوقون فيها اكثر من سبعة أحاديث ، واذا كان بعضها فيه ضعف ، فانه يقوى بعضها بعضا ، ويقوى صحيحها سقيمها .

الاولياء فى المذهب الزيدى :

الاولياء فى المذهب الزيدى هم العصبات بأنفسهم من الرجال ثم العصبة السببية ايضا من‌الرجال‌كالميراث فتتقدم جهة البنوة ثم‌جهة الأبوة، ثم الاخوة ، ثم العمومة ، على النحو الذى فصلنا فى المذهب الحنفى ، وموضوع الخلاف هنالك فيه خلاف هنا ايضا .

فقد اختلف فى تقديم الابن على الأب هنالك ، كما إختلف فى المذهب الحنفى . فمنهم من قال يقدم الأب لان الابن لا يؤم اباه لقوله صلى الله عليه وسلم : «الكبر الكبر ، ليس منا من لم يوقر الكبير ، ويرحم الصغير» ،

ويقدم الجد على الاخوة ويقدم فى الاخ الشقيق على الاخ لاب ، والاخ على ابن الاخ ، وهكذا الباقى .

واذا لم يكن احد من اولياء النسب كانت الولاية لمولى العتاقة .

واذا لم يكن احد من العصبات ، فان الولاية تكون للامام ، ولمن يفوض اليه ذلك من حاكم أو قاض ينص على ذلك فى مرسوم تعيينه .

واذا لم يكن امام او حاكم ، بأن كانت المراة البالغة فى صحراء ، فان الزواج يكون بتوكيلها ولا يزوج الصغير ، ولا الصغيرة .

وان سقوط الولاية الاختيارية عن المراة بالوجود فى مكان لا سلطان فيه هو احد الآراء فى المذهب الحنبلى ، وقد بينا ذلك عند الكلام فى مذهب احمد رضى الله عنه . ويستندون فى ذلك الى ما رواه الترمذى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ياعلى ، ثلاث لا تؤخرها : الصلاة اذا دخل وقتها ، والجنازة اذا حضرت ، والأيم اذا وجدت لها كفؤا » .

ومن المقرر عند الزيدية انه لا زواج بالايصاء ، لان الزواج حق شخصى للولى لا يقبل الخلافة وليس الولى فى النكاح كالولى فى المال ، لان الولاية فى المال تتعلق بحق عينى ، فتقبل الخلافة بخيار الرؤية وخيار التعيين ، اما الولاية فى النكاح فهو ارادة للولى قد اعطاها له وحده الشارع ، والارادة لا تنتقل

عند الظاهرية

يقرر ابن حزم فى المحلى بالنسبة لولاية الاجبار امرين :

أولهما — ان ولاية الاجبار تكون على الصغيرة ، ولا تكون على الصغير ، لان الآثار قد وردت بنكاح الصغيرات . فقد زوج أبو بكر ابنته عائشة رضى الله عنهما للنبى صلى الله عليه وسلم ، وهى بنت ست ، وبنى عليها وهى بنت تسع ، وكل الآثار الواردة فى النكاح قبل البلوغ كانت فى الصغيرات ، وليست فى الصغار .

وان ولاية الاجبار لا تكون الا للأب ، لان الآثار الواردة فى ذلك ، كانت فى زواج الأب لبنته ، ولانه هو وحده الموفور الشفقة على الوجه الكامل ، والذى يراعى المصلحة ويقدرها .

وان ولاية الاجبار لا تثبت الا على الصغيرة البكر ، فاذا تزوجت ثم دخل بها وطلقت بعد ان صارت ثيبا فانه لا يجوز انكاحها ، حتى تبلغ وتستأمر .

وانه فى حصر الولاية فى الأب يتقـــارب مع المذهب المالكى ، على اختلاف نشير اليه ، وهو ان البكر هى التى تجبر ، وأما الثيب الصغيرة ، فلا تزوج حتى تبلغ وتستأمر فهو فى هذا الرأى يتفق مع الشافعى تماما ، وقد بينا حكمة ذلك الرأى عندما كنا نتكلم عن رأى الشافعى فى ذلك .

الامر الثانى : الذى يقرره ابن حزم بالنسبة لولاية الاجبار مخالفـــا المالكية أنه لا يثبت الايصاء فى الولاية ، لان الايصاء استخلاف اى جعل خليفة فى تصرف يتعلق بعين من الاعيان ، والولاية ارادة ، اى تخويل حق التزويج وذلك حق شخصى ، لا ينتقل بالخلافة كالمال ، وبذلك يتفق المذهب الظاهرى مع المذهب الزيدى وغيره من المذاهب التى تمنع الايصاء فى الزواج كالحنفية والشافعية .

وان الايصاء ممنوع فى الولاية الاختيارية على المراة ، لانه معاونة ، وهى تكون من العصبات لاشتراكهم مع المراة فى مغبة الزواج ، ونتائجه من حيث العار أو الفخار ، ولانه فى الغالب يكون ثمة ولى معين من قبل الشارع بعدالولى الذى يوصى ، وذلك اخذ بالآراء فى مذهب الامام احمد ، كما قررنا من قبـــــل .

ويقرر الظاهرية ان المراة لا تزوج نفسها ، بل يزوجها وليها ، وذلك راى جمهور الفقهاء ، ولم يخالف فيه الا ابو حنيفة رضى الله تعالى عنه ورواية عن أبى يوسف ، وقد ناقش ابن حزم ذلك الرأى ، فى صفحات طويلة من المحلى ، فارجع اليه ، وناقشناه من قبل عندما تكلمنا عن الولاية فى الفقه الحنفى .

الاولياء فى المذهب الظاهرى :

الاولياء عند الظاهرية هم العصبة فى الميراث ، على أن يكونوا عصبة بانفسهم ، فالعصـــبة السببية ، ليس لها ولاية التزويج ، لأن المولى لايزوج امته عنده ، فكيف يكون له ذلك بعد الاعتاق ، وذلك عندهم ، ولذلك ليس لمولى النعمة ولاية التزويج .

ويكون ما يتبع هو نظـــام الميراث ، ولـــكن يلاحظ أمران :

أولهما — ان الابن ليس له ولاية الا اذا كان عصبة من جهة اخرى كأن يكون الابن هو ايضا ابن ابن عم ولا عصبة في الولاية تسبقه ، وحجته في ذلك ماذكرنا من ان الابن لا يصح ان يكون له سلطان على امه ، ولانه يمانع عادة في الزواج ولانه لا اثر ولا نص يثبت له هـذه الولاية .

ولكن القريب اذا كان عصبة منجهة اخرى ، كانت له ولاية اختيارية بمقتضى هذا التعصيب ، وبهذا يلغى اعتبار التعصيب الاقوى ، ويؤخـذ بالتعصيب الأضعف ، وان المعانى التى تكون مانعة فى ولاية الابن لتزويج امه قائمة ، ولا يزيلها كونه ابن ابن عم ، ولكن نفاة القياس لاينظرون الى المعانى ، ولا الى علل الاحكام لان الاحكام لا تعلل عندهم ، ولهم فى ذلك غرائب ، ولعل هذه من اقلها غرابة .

الأمر الثانى — ان الاخوة يتقدمون على الجد ، كما جاء فى المحلى ، وبذلك خالف الاكثرين من الفقهـاء .

عنـــد الاباضـــية (١)

يقرر الخوارج امرين : احدهما يتفقان فيه مع ابى حنيفة على تفصيل قد يخالفونه فى بعضه ، والثانى مذهب الجمهور .

أما الاول ، وهو الذى يتفق مع راى ابى حنيفـة ، فهو ان ولاية الاجبار تثبت لـكل العصبات ، سواء اكانوا الأب أو الجد ام كانوا من بعدهم ، وهم يرتبون العصبات كترتيب الصاحبين ، أو كترتيب جمهـور الفقهـاء .

ويتفقون مع ابى حنيفة فى ان ولاية الاجبـار تثبت على كل قاصر فتثبت على المجنون والمعتوه ، وعلى الصغير والصغيرة وعلى ان تكون للاوليـاء .

وولاية الحفظ ثابتة لـكل العصبات بالاتفاق ، بل لـكل الاقارب تحت إشراف ولى الأمر على ما هو معروف ، ونبينـه .

---

(١) المذهب الاباضى نسبة الى عبد الله بن اباض احد الخوارج المعتدلة . وطائفته معتدلة لا تـكفر عامة المسلمين ، ولا تستبيح دماء مخالفيهم ، وفرقتهم اسمها الاباضـية . واخواننا الاباضـيون يخرجون انفسهم من حظـيرة الخـوارج ويقررون أن امامهم كان من التابعين ، ولم يكن من الخوارج .

اما الأمر الثـــانى ـــ الذى يخالفون فيه أبا حنيفـــة ، ويتفقون مع جمهور الفقهاء ، فهو أن المراة لا تتولى زواجها بنفسها بل لابد ان يعقد عنها ولى عاصب وترتيبه هو ترتيب الميراث ، وما هو موضع خلاف فى التقديم هنالك هو ايضا موضع خلاف ، ولا حاجة لان نخوض فى تفصيل الخــلاف .

ولـــكن يجب ان نبين اربعة امور : هى التى تبين جوهر المـــذهب الاباضى فى الولاية على النفس والأوليـــاء .

١ ـــ أول هـــذه الأمور **هو الولاية بالايصـــاء** او الخلافة كما صرح « شرح النيل » من أمهات كتب الاباضية التى بين ايدينا . وهناك عندهم بالنسبة للخلافة اقوال ثلاثة :

أولها ـــ أن الولى له ان يوصى لغيره بالخلافة لمن بعده ، سواء أكانت الولاية اختيارية ام كانت الولاية اجبـــارية ، لأن الولى يملك التوكيل فى حياته ، فيملك الانابة بالايصاء بعد وفاته ، ويكون الوصى خليفة فى ذلك .

الرأى الثـــانى ـــ ان الخلافة او الايصاء لايجوز لا من الاب ، ولا من غيره من الأولياء ، لأن الولاية ارادة اوحق شخصى ، والحق الشخصى لاخلافة فيه ولأن فى الايصاء مصادمة لحق الولى الذى يعقبه ، والمصادمة لحق شرعى ثابت من حكم الشارع أمر باطل لا يلتفت اليه .

الرأى الثالث ـــ **أن الايصاء يجوز من الأب دون غيره ، لفرط شفقته** ورعايته لمصلحة موليه ؛ وذلك فى الولاية الاجبارية ، واذا كانت الخلافة تجوز فى هـــذه الحدود ، ايكون الوصى مقدما على الولى الذى يليه أم انه يكون فى مرتبتـــه ؟ هنـــاك رايان فى هـــذا :

احدهما ـــ انه يكون مقدما عليه ، كما يقدم الوصى فى المال على غيره .

والثانى ـــ انه يكون فى مرتبة الولى الذى يليـــه ، حتى لا تكون ثمة مصادمة لحكم الشارع ، فيكون الوصى والولى فى درجة واحدة ، فاذا كان ثمة وصى للأب ، وأبو الأب ، فانهما يكونان ســـواء فى الولاية كأخوين شقيقين ، وايهما زوج ، فان زواجه يكون صحيحا ، وان زوجا ، فالسابق منهما لأن زواجه صادف محلا ، وأما الثانى فان زواجه لا يصادف محلا ، فلا عبرة به .

الأمر الثانى الذى يكون فى بيانه توضيح موجز لمذهب الاباضية هو ثبوت **الولاية لذوى الأرحام بعد العصبات** فانهم اختلفوا : أيقدمون على الحاكم أم لا يقدمون ؟ منهم من قالوا يقدمون ، وبذلك يلتقـــون مع أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأنه يرى تقديمهم على الامام على النـــحو الذى بيناه ، وحجة هذا الراى ما بيناه من قبل من انهم اشفق وارفق ، وارعى لمصلحة المولى عليه من الحاكم ، وممن يوليـــه الحاكم .

والراى الثانى — كراى جمهور الفقهاء ، وهو ان الولاية للعصبات فقط ، لأنهم الذين يعود عليهم الزواج بالشرف او العار ، فلهم مصلحة فيه أو دفع مضرة .

٣ — **ان الولى اذا عضل المرأة** فلم يزوجها من غير سبب شرعى ، فان الولاية لا تنتقل الى من يليه او الى السلطان ، على حسب الاختلاف فى ذلك ، بل ان الحاكم يحمله على التزويج كرها ، ما دام لم يزوج طوعا ، وما دام لم يبين سببا معقولا يمنعه من الزواج ، وحمله على الزواج لأن الولاية ثابتة له ، ولا يزيلها عنه ظلمه ، ولكن يحمل على العدل حملا ، وذلك بضربه أوحبسه حتى يزوج . والولاية لا تزول عنه الا بجنونه اوعتهه أو خروجه عن اهلية الولاية .

٤ — **ان الولاية اذ لم تكن لولى ذى قرابة تكون للسلطان او لعامة** المسلمين ويصفون عامة المسلمين فى مرتبة الحاكم ، لأنها حينئذ تكون فرض كفاية يقوم به البعض ، ولكن يثبت الاثم على الجميع ، ان لم يقوموا به .

ويلاحظ فى حال عدم وجود الولى القريب المسلم امران :

أحدهما — ان **من اسلمت ولها ولى عاصب** مسلم هو اولىبالزواج ممن ادخلها فى الاسلام ، وان لم يكن لها ولى قريب مسلم ، فانه ان زوجها من **ادخلها فى الاسلام يكون زواجها معتبرا . ولكن ان زوجهـــا قريب لها** مشرك ، فان الزواج يكون باطلاً ، لانه لا ولاية لغير المسلم على المسلم .

وفى المذهب الاباضى راى آخر ، وهو ان اباها ان زوجها من مسلم ، ولو كان مشركا أمضى زواجه .

الامر الثانى — ان **من كفل اليتيمة** حتى بلغت ، يكون أولى من غيره بتزويجها ، والله سبحانه اعلم .

فى مشروع القانون المصرى

الولاية فى مشروع القانون المصرى تثبت للعصبات جميعا بانفسهم ، ولا تثبت لغيرهم ، وهم أصحاب الولاية الاجبارية التى تثبت على المجنون والمعتوه ، ولقد نصت على ذلك المـــادة ٢٣٠ وهذا نصها :

« ولاية تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالى تكون للعصبة بالنفس حسب ترتيب الارث ، ويتقدم الجد الصحيح فى هذه الولاية ، فان لم توجد العصبة ، فالولاية للقاضى ، ويسرى حكم الفترة السابقة من المجنون والمعتوه ذكرا كان او انثى ، ولا ولاية على البالغ العـــاقل » .

وقد بينا من قبل امرين :

اولهما — ان زواج الصغار لا يوجد ما يدل على جوازه ؟ وذلك متفق مع مذهب ابن شبرمة وعثمان البتى وابى بكر الاصم .

وثانيهما — أن ولاية الاختيار ، وهى لا تثبت الا على المراة فيما بين البلوغ الطبيعى وبلوغ الرشد ، تكون لكل العصبات ، ولا ولاية على البالغ بلوغا طبيعيا من الذكور قط .

الولى فى قوانين البلاد العربية

فى السودان يسرى فى الولاية والاوليـــاء احكام مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وقد بيناها من قبل .

ونص القانون**الاردنى** فى المادة السابعة علىالاخذ بمذهب الحنفية ، وهذا نص المـــادة :

« الولى فى النكاح هو العصبة بنفسه على الترتيب المبين فى مذهب ابى حنيفة » .

ويستفاد من هذا ان الولى هو العصبة فقط ، وبذلك لم يأخذ برأى ابى حنيفة الذى يجعل ذوى الارحام بعد العصابات ، وقبل القاضى .

والقانون **السورى** اثبتها للعصبات بانفسهم على ترتيب الارث ، ولكنه اشترط ان يكون الولى محرما ، فاذا كان غير محرم كابن العم ، فانه لا يكون وليا ، وبذلك لا تثبت الا للأبناء ، والآباء ، والاخوة وابنائهم ، والاعمام من غير ان تثبت الولاية لابنائهم .

والقانون السورى كالقانون **العـــراقى** لم يثبتا زواجـــا للمجنـــون والمعتوه ، الا باذن القاضى ، وهذا نص القانون السورى فى المادة ١٥ فى فقرتها الثانية :

« للقاضى الاذن بزواج المجنون أو المعتوه اذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الامراض العقلية ان زواجه يفيد فى شـــفائه » .

وليبيـــا تعمل بمذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وقد بيناه من قبل ، فالاولياء فيه هم الاولياء .

وكذلك الحكم فى **الجزائر** ، فان المذهب المالكى هو الأصل فى احكام الاحوال الشخصية .

وفى **القـــانون التونسى** نص على ان الولى هو العاصب بالنسب ، ولا يثبت للعصبة السببية ولاية ، وهذا نص المادة الثامنة :

« الولى هو العاصب بالنسب ، ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا ، والقاصر ذكرا كان او انثى ، وليه وجوبا ابوه او من ينيبه ، والحاكم ولى من لا ولى له » .

ونص فى القانون **المغربى** على الولى بما جاء فى المادة الحادية عشرة ونصها : « الولى فى الزواج هو الابن ، ثم الأب ، ثـــم الاخ فابن الأخ ، فالجد للأب ، فالأقربون بعد الترتيب ، ويقدم الشقيق على غيره ، فالكافل فالقاضى ، فولاية عامة المسلمين بشرط أن يكون بالغا عاقلا » .

ونرى أن هذا احد الآراء فى المذهب المالكى وهو الراجح فيه .

وقد نص فى هـــذا القانون التونسى كما نص فى القانون السورى والعراقى ، على أن زواج المجنون لا يكون الا باذن من القاضى ، فقد نصت المـــادة السابعة على ذلك ، وهذا نصها :

« للقاضى الاذن فى زواج المجنون او المعتوه ، اذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية ان زواجه يفيد فى علاجه ، واطلع الطرف الآخر على ذلك ، ورضى به » .

شروط الولىّ

هؤلاء هم الاوليــاء على النفس فى الفقه الاسلامى ، وفى الاحكام المطبقة فى البلاد العربية قد حاولنا أن نقربها ، وان لم نحصها ، ولكنا قد اعطينا صورة واضحة لاتجاهاتها المختلفة .

ولو نظرت اليها نظرة فاحصة تجدها تتقارب ولا تتباعد ، واختلافها فى امور جزئية ، لا فى قضايا كلية .

والآن نتكلم عن شروط الولى ، ويكاد الفقه الاسلامى لا يختلف فيها ، الا ما رأينا فى بعض الآراء فى مذهب عبد الله بن اباض الذى يستفاد من نصوص كتبه أن فيه خلافا فى صحة تزويج الأب ابنه اذا كان مشركا ، وفى جواز تزويج الولى العاصب اذا كان سفيها .

ولنذكر الآن الشروط . **ويشترط فى الولى ستة شروط :**

الاول : أن يكون بالغا عاقلا حرا ، فلا يكون الولى صـــغيرا ولا مجنونا ولا عبدا ، لأن هؤلاء ليسوا أولياء على انفسهم ، فلا يكونون أولياء على غيرهم ، لأن الولاية المتعدية التى تثبت على الغير فرع الولاية القاصرة التى تثبت للشخص على نفســه ، وان الولاية أساسها المصلحة ، وهؤلاء لا يستطيعون أن يعرفوا مصلحة انفسـهم ، فلا يستطيعون معاونة غيرهم فى تحقيق أوجه المصلحة .

والجنون الذى يمنع ثبوت الولاية هو الجنون المطبق ، فانه يزيل الولاية زوالا تاما حتى يثبت شفاؤه ، وكذلك المجنون جنونا متقطعا فى وقت قيام حال الجنون ، وهذا ، وان كانت ولايته لا تزول غير أن العقد فى وقت قيام حال الجنون عليه ، يكون صادرا عمن لا يعقل ، فلا يثبت موجبه .

وكذلك الامر بالنسبة للاغماء ، أو حال السكر الذى يفقد الوعى ،

فان حال السكر لا ينافى العدالة . بأن يسكر بمحلل كالبنج ، او يكره على تناول السكر ، فان هذه الاحوال لا تزول معها الولاية ، ولكن ينعقد العقد مع وجودها ، وروى عن احمد البلوغ ليس بشرط اذا كان مميزا ، وقيل ذلك فى غيره من المذاهب ، وذلك لا يكون الا فى الولاية الاختيارية .

والحرية شرط لثبوت الولاية المتعدية ، ولكن ايجوز ان يكون العبد وكيلا عن الولى فى الزواج بمقتضى توكيل ؟ الظاهر ، ان ذلك يجوز ، باعتبار أن الوكيل فى الزواج سفير ومعبر .

الشرط الثانى — الاسلام ، فلا يجوز ولاية غير المسلم على المسلم ، وهذا شرط متفق عليه بين اهل الفقه ، الا ما قيل فى بعض الاقوال : ان المسلمة اذا لم يكن لها من اقاربها مسلم ، وتولى الأب غير المسلم زواجها، فانه ينعقد على هذا القول ، ما دام الزوج مسلما . هذا ولا يخلو هذا القول من غرابة .

وان الحنفية يشترطون فى الولاية على النفس اتحاد الدين بين الولى والمولى عليه ، اى انه لا يزوج المسلم غير المسلم ، كما لا يزوج غير المسلم ، المسلم ، ويظهر انه شرط عند الجميع ، لأن الولاية تتبع الميراث ، وثبوت الميراث شرطه اتحاد الدين ، فلابد منه .

والشرط الثالث — الذكورة ، فلا يكون الولى الا ذكرا ، وهذا قول جمهور الفقهاء ، وابو حنيفة أثبت الولاية الاجبارية للأم ، والبنت وبنت الابن ، والاخت ، وغيرهما من النساء ، اذا لم يكن عصبات من الرجال ، وذلك بناء على مذهبه من أن الولاية تكون لعامة الاقارب ذكورا واناثا .

والولاية الاختيارية لا تثبت عند ابى حنيفة ، لأنه لا ولاية بعد البلوغ.

الشرط الرابع — الا يكون محجورا عليه بالسفه : وهذا الشرط وجد فى كتب الحنفية ، فقد جاء فى كتاب احكام الصغار ما نصه : « وفى المنتقى السفيه المحجور عليه ، اذا زوج ابنته أو اخته الصغيرة لم يجز .. كذا عن محمد رحمه الله (١)» . وان ذلك الشرط لمعقول المعنى ، **وهو يلاحظ** فى معناه عند كل الائمة ، لأن هذه الولاية للاصلاح والحفظ والصيانة ، ومعاونة المراة فى اختيار زوجها ، فلا يمكن ان تثبت الا لرشيد يحسن

---

(١) كتاب احكام الصغار المطبوع على هامش جامع الفصولين ج ١ ص ٢٠١ .

الاختيار ، ويكون قادرا على تدبير اموره ، وامور غيره ، فاذا كان هو لا يحسن تدبير امور نفسه ، فكيف يشارك غيره فى اهم عقد يتعلق بحياته.

الشرط الخامس — ان يكون قادرا على حفظ المولى عليه وصيانته ، وهذا ايضا شرط معقول المعنى ، فاذا كان القريب العاصب شيخا هرما قد ضعف عن المحافظة على غيره ، ويحتاج هو الى من يحافظ عليه ويرعاه ، فانه لا تكون له الولاية . على الأقل فيما يتعلق بالحفظ والصيانة . وقد جاء فى المغنى لابن قدامة : « قال القاضى ، والشيخ الذى قد ضعف لكبر ، فلا يعرف موضع الحفظ لها (أى للمولى عليها من النساء) لا ولاية له (١) » .

وان الولاية على النفس هى فى حقيقتها تالية للحضانة فى الحفظ والصيانة . وتستمر ما دام الغلام او الجارية فى حاجة اليهما ، ولا تزولان بالنسبة لهما الا بعد زوال الحاجة اليهما — ويشترط فى الحاضنة القدرة على القيام بحاجة الطفل ، فان عجزت عنها سقط حقها فى الحضانة وانتقلت الى من يليها من الحاضنات ، على ما هو مبين فيها .

الشرط السادس : العدالة : وفى اشتراط العدالة رايان فى الفقه الاسلامى :

١ — أنها شرط ، لأن هذه الولاية لتخير وجه المصلحة للمولى عليها ، أو المولى عليه ، والفاسق لايستطيع تعرف وجه المصلحة فى ذلك العقد الخطير — ولأن ثبوت الولاية ثبت بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح الا بشاهدى عدل وولى مرشد وايما امراة انكحها ولى مسخوط عليه . فنكاحها باطل » ولا يمكن أن يكون وليا مرشدا يوثق بارشاده الا اذا كان فى ذاته عدلا امينا فى ذات نفسه ، حتى يؤمن فى حق غيره ، ولأن غير العادل ، يكون مسخوطا عليه ، واى سخط اشد من ان يكون عاصيا غير عادل ، وهذا راى الشافعى ، وراى احمد فى احدى الروايتين عنه ، وراى كثير من الفقهاء .

٢ — ان الولى لا يشترط أن يكون عدلا ، ما دام مدركا فاهما ، لانه لم يوجد تصريح من النبى صلى الله عليه وسلم باشتراط العدالة ، فقد اشترطها فى الشهود ولم يشترطها فى الولى ، والارشاد انما يكون بالخبرة وفهم المصلحة . وذلك يتحقق من غير العدل ، كما يتحقق بالعدل ، ما

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٦٥ .

دامت الخبرة متوافرة ، وبعض من ليسوا عدولا ربما يكون اكثر خبرة من بعض العدول ، وتفسير كلمة مسخوط الواردة فى الخبر المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، يصح أن يراد بها أنه مسخوط من قبل المولى عليها بحيث لم ترتض عقده ، ولا شك فى بطلانه لم تجزه .

وهذا هو راى ابى حنيفة — واصحابه وراى مالك رضى الله عنه ، واحد قولى الشافعى ، وان لم يكن هو الراجح ، واحدى الروايتين عن احمد رضى الله عنه .



هذه شروط الولى فى الفقه الاسلامى ، وقد صدر فى مصر القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ خاصا بالاولياء على النفس ومدى سلطانهم ، ومتى تزول ولايتهم ومتى توقف هذه الولاية ، ومتى تسلب سلبا مؤقتا ، وترك ترتيب الاولياء للمذهب الحنفى الذى لايزال هو الاصل المعمول به فى مصر ، ولننقل بعض هذا القانون ، وهو قصير ، وليس بالطويل ، وهذا أول قانون اتجهت فيه العناية بالاولياء على النفس ، فى حدود ما لهم من حق الحفظ والصيانة ، وتقصيرهم او اعتدائهم ، وهو فى جملته بيان لمن هو صالح للولاية ، ومن هو غير صالح .

القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ :

القانون مكون من ثلاث عشرة مادة ، وهو فيما ما لم ينص عليه فى الفقه ، او بعبارة أدق هو تحقيق لمعنى الصلاحية للولاية بزيادة ما يتعلق بالفقه منها .

المادة الاولى — فيما عدا الاحوال الاخرى ، التى ينص عليها قانون الاحوال الشخصية لطلب الولاية او الحد منها او وقفها تتبع الاحكام الآتية :

المادة ٢ — تسلب الولاية ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق عن :

١ — من حكم عليه لجريمة الاغتصاب او هتك العرض او لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة اذا وقعت الجريمة على احد من تشملهم الولاية .

٢ — من حكم عليه لجناية وقعت على نفس احد من تشملهم الولاية ، او حكم عليه لجناية وقعت من احد هؤلاء .

٣ ــ من حكم عليه اكثر من مرة لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

ويترتب على سلب الولاية على النفس بالنسبة الى صغير سلبها بالنسبة الى كل من تشملهم ولاية الولى من الصغار الآخرين فيما عدا الحالتين المشار اليهما فى البند (٢) اذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم عليه بسلب ولايته ، وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة اليهم ايضا .

المادة ٣ ــ يجوز ان تسلب الولاية او توقف كل او بعض حقوق الولاية بالنسبة الى كل او بعض من تشملهم الولاية فى الأحوال الآتية :

١ ــ اذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤقتة او المؤبدة .

٢ ــ اذا حكم على الولى لجريمة اغتصاب او هتك عرض او لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

٣ ــ اذا حكم على الولى اكثر من مرة لجريمة تعريض الاطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق ، أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله الولاية .

٤ ــ اذا حكم بايداع أحد المشمولين بولايته دارا من دور الاستصلاح وفقا للمادة (٦٧) من قانون العقوبات أو طبقا لقانون الأحداث المتشردين .

٥ ــ اذا عرض الولى للخطر صحة احد من تشملهم الولاية او سلامته ، او اخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أوسوء القدوة ، نتيجة الاشتهار بفساد السيرة ، أو الادمان على الشرب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية او التوجيه ، ولا يشترط فى هذه الحال ان يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال .

المادة ٤ ــ يحكم بسلب الولاية ، ولوكانت الاسباب التى اقتضت سلبها سابقة لقيام الولاية أو لقيام سببها .

المادة ٥ ــ اذا قضت المحكمة بسلب الولاية او بوقفها عهدت بالصغير الى من يلى المحكوم عليه فيها قانونا ، فان امتنع أو لم تتوافر فيه اسباب الصلاحية جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير الى أى شخص

آخر ، ولو لم يكن قريبا له ، متى كان معروفا بحسن السمعة ، وصالحا للقيام على تربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد ، او المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض ، وفى هذه الحال يجوز للمحكمة ان تفوض من عهدت اليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية .

واذا قضت المحكمة بالحد من الولاية فوضت مباشرة الحقوق التى حرمت الولى منها الى احد الاقارب ، او الى اى شخص مؤتمن ، اومعهد او مؤسسة مما ذكر حسب الأحوال .

المـادة ٦ ــ تقدر المحكمة نفقة الصغير على من تلزمه نفقته .

المـادة ٧ ــ اذا وقعت جريمة على صغير او منه مما يوجب او يجيز سلب الولاية جاز لسلطة التحقيق أو الحكم ان تعهد بالصغير الى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه ، او الى معهد خيرى معترف به من وزارة الشؤون الاجتماعية ، حتى يفصل فى الجريمة وفى شأن الولاية .

المـادة ٨ ــ يجوز للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة على الولى فى الحالات المنصوص عليها فى المادة الثانية وفى البنود الأربعة من المـادة الثالثة ان تحكم أيضا بسلب الولاية او الحد منها ، اما ما يترتب على ذلك من تدابير وآثار ، فتحكم فيه المحكمة المختصة بناء على طلب النيابة او ذوى الشأن ، وفقا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية .

المـادة ٩ ــ فى البندين المنصوص عليهما ٤ ، ٥ من المادة (٣) يجوز للمحكمة بدلا من الحكم بسلب الولاية او وقفها ان تعهد الى وزارة الشؤون الاجتماعية بالاشراف على تربية الصغير أو تعليمه ، اذا رات فى ذلك مصلحة له ، وللوزارة المذكورة أن تفوض فى ذلك احد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض ، واذا لم تتحقق الفائدة من هذا الاشراف لسبب يرجع الى الولى جاز رفع الأمر للمحكمة للنظر فى سلب الولاية .

المـادة ١٠ ــ يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال ، ولا يجوز أن يقام الولى الذى حكم بسلب ولايته وصيا أو مشرفا ، او قيما ، كما لا يجوز ان يختار وصيا .

المـادة ١١ ــ يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقا للبند ٢ او ٣ من المادة الثانية اوسلبت ولايتهم او بعض حقوقهم فيها وفقا للبند١ أو٢ أو٣ من المادة الثالثة ، ان يطلبوا استرداد الحقوق التى سلبت منهم اذا رد

اعتبارهم . ويجوز لهم ايضا فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤ ، ٥ من المادة الثالثة اذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الـولاية .

المادة ١٢ — يقصد بالولى فى تطبيق احكام القانون ، الأب ، والجد ، والأم ، وكل شخص ضم اليه الصغير بقرار او حكم من جهة الاختصاص .

المـادة ١٣ — على وزير العدل والشؤون الاجتماعية تنفيذ هـذا القانون كل منهما فيما يخصـه ويعمل بـه من تاريـخ نشره بالجريدة الرسمية .



وهذا اول قانون منظم للولاية على النفس من حيث تحقيق بقـاء الصلاحية على النفس .. وهو فى الواقع تطبيق لشرط العدالة والصلاحية فى الولى على النفس من حيث المحافظة والصيانة ، وخصوصا بالنسـبة للصغار ، الذين اذا اهملوا كانوا فى قابل حياتهم عنصر هدم فى بناء الجماعة الانسانية .

ويلاحظ على هذا القانون ان فيه قصورا ادى الى التقليل من اثره ، وتبدو هذه الملاحظات فى الأمور الآتية :

اولهـا — ان القانون لم يكن له اثر فى التنفيذ ، وذلك من القانون نفسـه ، وذلك انه يشتمل على ما ينبغى أن يتبع لتنفيذه ، فحكمه بسلب الولاية وجوبا أو سلبها جوازا أو وقفا ، لم يكن فيه ما يدل على الطريق لمعرفة الأسباب الموجبة للسلب او الوقف ، او المسوغة للسـلب أو الوقف ، وكان ينبغى ان يشتمل على ذلك .

ولو ان ثمة تنفيذا لأحكام الحسبة الاسلامية لكان من الممكن اتخاذها ذريعة لمعرفة الاحوال الموجبة لسلب الولاية أو لتسويغه ، ولكـن لـم يوجـد .

ولو أن المختصين فى وزارة الشؤون الاجتماعية تتبعوا الاسر التى يظن ان الولى على النفس لا يقوم بواجبه واتجهوا الى طلب سلب الولاية من محكمة الاحوال الشخصية الخاصة بشؤون القصر ، لاجدى ذلك اجداء عظيمـا .

ثانيها — انه جعل من حق محكمة الجنايات التى تحكم فى الجرائم المسوغة للسلب او الموجبة له ، أن تخبر بذلك محكمة الاحوال الشخصية ، لتتخذ الاجراءات لسلب الولاية ان كان ثمة مسوغ لذلك ، وكان ذلك حقا جوازيا ولم يكن واجبا عليها ، ولذلك لم نجد محكمة قد عنيت باستعمال ذلك الحق ، فلم تجعل من موضع دراستها للقضية تعرف ان له أولادا قصرا يحفظ نفوسهم او ليس له ، وفى الحال التى تكون الجريمة واقعة على المولى عليه ، لم تتجه الى مخاطبة محكمة الاحوال الشخصية ، لانها تطبق فقط قانون العقوبات بمقتضى عملها الاصلى ، فلم تتجه الى اى عمل آخر جاء به قانون خاص .

ثالثها — أن القانون لم يتعرض لأولئك المحكوم عليهم بأحكام مقيدة للحرية ، وأولادهم ، فانه لم يبه لهم بأى نوع من انواع البيان ، ومن حق اولئك الأولاد ان تراقب حالهم ، وان يحافظ عليهم وان يصانوا ، ولكن مع الأسف لا يلتفت اليهم لا من المحاكم ولا من وزارة الشئون الاجتماعية ، وكان يجب ان يشتمل القانون على احكام تبين الطريق لرعاية هؤلاء الأولاد الذين نشأوا فى بيئة كانت فيها جريمة ، وكانوا هم فريسة للحكم فى هذه الجريمة ، اذ حرموا الولاية ولو كانت ناقصة ، ولكنها رعاية نسبية يشعرون معها بالأبوة على اى حال يكون نوعها .

رابعها — ان عمل القانون كان خاصا بما يقع ، ولم يكن فيه رقابة مما يمكن أن يقع ، ومع ذلك لم يعالج ما يقع معالجة حاسمة ، بل أن دواءه لا يكاد يستعمل ، لعدم وجود من يطب للمريض من أسقامه .

خامسها — انه تعرض للولى فى اسوأ احواله ، وهى حال ما اذا كان مجرما ، وكانت جريمته تقع على المولى عليهم ، او تكرر مع غيرهم ، او كان قد بلغ اقصى درجات الفساد ، وكان فساده متعديا ، وليس بقاصر ، ولكن لم يتعرض لحالات اهمال التربية ، واهمال المحافظة على النفس والعقل والخلق الا اذا فحشت اخلاق الولى ، وصارت تؤثر بالعدوى .

سادسها — انه فى بيان الولى على النفس ذكر الاب والجد والأم ، ولم يذكر سواهم ، فلم يكن كلامه متفقا مع مذهب من المذاهب الاسلامية المعمول بها فى الشريعة الاسلامية ، فلم يأخذ بمذهب الذين قصروا الولاية على العصبات ولا بمذهب الذين جعلوها لغيرهم من الاقارب .

ولكن يظهر انه اتجه الى جعل ولاية هؤلاء الثلاثة الذين ذكرهم ثابتة

بحكم القانون ، اما ولاية غيرهم فانها تثبت بتعيين القاضى والقاضى لا يمين أجنبيا ما دام هناك اخ شقيق او لأب أو عم ، وكانوا عدولا يوثق بهم .

***

هذه ملاحظات عاجلة أبديناها على هذا القانون الذى هو الاول من نوعه فى البلاد العربية — ليكون العلاج شافيا ، وليكون الدواء مستوفيا لكل العناصر المانعة من استشراء الداء ، والله سبحانه هو الذى يحفظ الأنفس والعقول من الآثام .

ولاية التزويج

مدى ولاية التزويج : تكلمنا فيما مضى عن ولاية الحفظ والصيانة ، بالنسبة للقاصر ، سواء أكان صغيرا أم مجنونا ، ثم تكلمنا عن الأولياء ، لان قوة ولايتهم تختلف باختلاف قرابتهم ، وقد بينا اختلاف المذاهب فيهم ، وكان لابد من الكلام فيهم قبل الكلام فى ولاية التزويج خاصة ، لانها بعض عمل الاولياء ، وليست كل عملهم ، وهم يختلفون فيها من حيث قوة الولاية وضعفها ، فلابد من بيانهم قبل التصدى لبيانها بالذات ، لان بيانهم جزء من بيانها،وقد لاحظ القارىء اننا اثناء الكلام عن الاولياء كنا ننال اشطرا من الكلام فى ولاية الزواج ، وربما كان فى كلامنا بعض التكرار ، ولكننا سنباعده ما استطعنا الى ذلك سبيلا .

الولاية الاختيارية والاقوال المختلفة فيها :

ذكرنا من قبل أن الولاية الاجبارية تثبت على قاصرى العقل ، والولاية الاختيارية تثبت على المراة البالغة العاقلة والاســـاس فى ثبوت الولاية الاختيارية هو عدمصلاحية عبارة المراة لانشاء عقد الزواج وجواز استقلالها بعقد الزواج لنفسها من غير رضا وليها . **وقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة اقـــوال :**

١ ــ قول أبى حنيفة ان لها أن تزوج نفسها بغير اذن وليها ، وزواجها صحيح لا اعتراض عليه مادام بكفء ، وهذا راى ابىحنيفة والراىالراجح فى المذهب الامامى .

٢ ــ راى جمهور الفقهاء أن الزواج لاينعقد بعبارة النساء مطلقا ، ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة ، وليس لوليها ان يجبرها ولو كانت بكرا على راى جمهور الفقهاء . وعند الشافعى له أن يجبرها اذا كانت بكرا ، وليس له أن يجبرها ان كانت ثيبا . وعند مالك ، له ان يجبر البكر الى

أن تبلغ الثلاثين أو الثالثة والثلاثين ، على الخلاف في مذهب المالكية ، والجمهور على أنه لا فرق بين البكر والثيب .

٣ — ان المراة تتولى صيغة العقد بنفسها ، ولـكن ليس لها ان تعقد العقد بغير رضا وليها ، وعلى هـذا الراى ابو ثور من اصحاب الشافعى ، اذ قال : « ان المراة تنفرد بانشاء العقد وتتولى صيغته ، ولكن ليس لها ان تعقد من غير رضا وليها » . وتريب من ذلك قول الإمام محمد من أصحاب ابى حنيفة اذ قال : ان المراة اذا عقدت يكون عقدها موقوفا على اجازة وليها ، ان اجازه نفذ العقد وان لم يجز لا ينفذ .

وان هـذا الراى وسط بين الرايين السابقين : — راى ابى حنيفة ومعه الامامية الذى قرر أن لهـا ان تنشىء العقد ، وتنفرد به من غير رضـا وليهـا .

والراى الثانى الذى قال : انها لا تنشىء العقد بعبارتها ، ولابد من ان يضم راى وليها الى رايها . فأخـذ من الراى الاول الشطر الاول ، ومن الراى الثانى الشطر الثانى .

* * *

هـذا تلخيص الآراء ولنـذكر حجج كل راى منهـا ..

* استدل جمهور الفقهاء لرايهم ، وهو يتـكون من شـطرين :

الشطر الأول — ان النـكاح لا ينشا بصيغة من المراة :

اولا — بانه ورد فى القرآن النكاح بالنسبة للمراة مضافا الى الرجال. وورد بالنسبة للرجال مضافا اليهم ، فقال تعالى : « ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنـة خير من مشركة ، ولو اعجبتكم ، ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو اعجبكم » . وقال تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » .

وثانيا — بأن الله تعالى نهى الرجال عن أن يعضلن النساء ولا يكون للعضل موضع اذا كن لايستطعن ان يعقدن بأنفسهن ، ولو كن يستطعن ان يعقدن ما تحقق العضل ، بل تذهب وتزوج نفسها ، فقد قال تعالى :

« واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف » ولا يمكن أن يراد المنع الحسى لان ذلك يتصور وتوعه على الرجال والنساء ، والقاضى يتولى منع التعرض فى ذلك .

وثالثا ــ بان عقد الزواج عقد خطير له شأن ، ولذلك كان لابد فيه من الاعلان والشهرة ، ولا يتحققان اذا عقده النساء اذ يحضرنه فقط عادة ، لأن النساء لايظهرن بمقتضى الفطرة متفردات عن أهلهن فى المجامع ، فكانت الصيغة للرجال .

هــذه ادلة الشطر الأول من الراى الأول .

اما ادلة الشطر الثانىــ وهورضاء وليها، فهىتقوم علىثلاثدعائم:

الاولى ــ هو ماجاء فى النصوص القرآنية السابقة من اسناد انكاح المراة الى الرجال . واسناده اليهم دليل على انه لابد ان يكون لهم راى فيه ، ولا يمكن ان يكون متولى الصيغة من غير أن تكون برضاه .

الثانية ــ ما ورد من الاخبار من اشتراط الولى فى النكاح مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح الا بشاهدى عدل وولى مرشد » وقوله **صلى الله عليه وسلم : « ايما امراة انكحت نفسها بغير اذن وليها** فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل » ، وقد ورد فى معنى هذا الحديث آثار كثيرة يعضد بعضها بعضا ..

وفوق ذلك لم يعرف فى صدر الاسلام أن امراة زوجت نفسها بغير اذن وليها .

الثالثة ــ **ان مصلحة المراة فى اشراك وليها فى اختيار زوجها ، ففى ذلك مصلحة لها ، ومصلحة للاسرة كلها ..**

اما مصلحتها : فلأن الرجال صناديق مغلقة على النساء وعقد الزواج بالنسبة لها عقد الحياة ، والنساء لا يعرفن اسرار الرجال ، لأن اكثرهن مخدرات ، والاغلبية منهن ، يؤثر فيهن الحس ، اذ تغلب عليهن العاطفة **الوقتية السريعة الزوال فكان من مصلحتها ان يشترك معها وليها فى** الاختيار : اذ انه ليس ماسورا بعاطفة خاصة فيختبر ويبحث من غير ان يستهويه منظر أو مظهر .

وأما مصلحة الأسرة : فلأن ذلك العقـد الخطير يعود على الولى وأسرتها بالعار او الفخار اذ ان الزواج ربط بين اسرتين ، والولى يؤذيه زواجها من خسيس ، ويشرفه زواجهـا من شريف .

وليس عقد الزواج كالعقود المالية التى تتولاها فى مالها ، لان خطرها ليس كخطره ، ولان التخلص من آثارها سهل وليس كالشأن فى عقـد الزواج ، وقد ذكر القرافى المالكى فى كتابه « الفروق » **وجوها فى التفـرقة بين الزواج والتصرفات المـالية بالنسـبة للمراة منها .**

١ — **ان الابضاع اشد خطرا ، والاموال خسيسة بالنسبة لها مهما** عظمت قيمتها ، فناسب فى الابضاع بالنسبة للمراة ان يشترك معها وليها .

٢ — **وان الابضاع يعرض لها تحكم الهوى الذى يغطى عقل المراة ،** ولا يحصل فى المـال مثل ذلك الهوى والشهوة القـاهرة .

٣ — **وان المفسدة اذا حصلت فى الابضاع بسبب زواج غير الكفء حصل الضرر وتعدى الى الاولياء بالعار والفضيحة الشنعاء ، واذا حصل الفساد فى الاموال لايكاد يتعدى المراة . وقد سئل بعض الفضلاء عن المراة تزوج نفسها ، فقال : « المراة محل الزلل ، والعار اذا وقع لم يزل»** (١) .

هـذه حجج الجمهور فى قولهم : ان الولى لابد ان يشارك البالغة العاقلة فى اختيار الزوج ، وانها ليس لها ان تتولى صيغة عقد الزواج ، واذا تولت الصيغة تولد باطلة غير منشئة للزواج .

وحجة اصحاب الراى الثانى الذى يقول : ان البالغة العاقلة تزوج نفسها بصيغتها بغير اذن وليها بشرط الكفاءة يقوم **شطرها الاول** وهو : **صلاحية المراة لان تنشىء عقـد زواج بصيغتها على ما ياتى :**

اولا — قوله تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان » الاية ، ثم قوله سبحانه وتعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فان هذا النص اسند النكاح اليها ، وهذا يدل على انه ينشأ بصيغتها .

---

(١) ملخص من الفروق .

وثانيا — قوله تعالى : « واذا طلقتم النســـاء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينحكن أزواجهن اذا تراضــوا بينهم بالمعروف » فأســند النكاح اليها ، وذلك دليــل على انه يقع بصيغتها ، والمنع ليس بمقتضى الولاية ، ولكنه منع بالقهر والتغلب ، كما كان الشأن فى الجاهلية ، فالقرآن الكريم نهى عما كان يقع منهم فى الجاهلية من عضـــل المراة من ان تتزوج بقوة القهر وباستضـــعافها ، كالشأن عنـــد العرب والرومان والفرس وغيرهم ، فما كان ذلك امتناعا عن حق لهم يجب عليهم القيام به ، بل كان ذلك النص نهيا عن ظلم واقع وقهر غالب .

وثالثا — ان صحة العقـــد تقوم على سلامة الصيغة بصدورها من اهلها فى محل صالح للحكم ، وان المراة العاقلة صيغتها صالحة لانشـــاء العقود كلها ، لا فرق بين عقد زواج وغيره ، بل كلها سواء ، ولا دليل يفرق بينهما .

هـــذه ادلة الشطر الأول .

بقى دليل **الشطر الثانى** ، وهو يقوم على النص ، وعلى القيـــاس والرأى .

اما النص فهوماورد فى السنة من ان النبى صلى الله عليه وسلم قال :

« الايم احق بنفسها من وليها » والايم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا .

ويروى أن جارية جاءت الى النبى صـــلى الله عليه وســـلم تقول يارسول الله : ان أبى زوجنى من ابن اخيه ليرفع خسيسته وانا لا اريد . فذكر لها النبى صلى الله عليه وسلم أن هـــذا ليس لأبيهـــا . فقالت الجارية : لقد امضيت ما ذكر ابى ، ولكن قلت ما قلت لـــكى يعلم النساء ان ليس للرجال فى هـــذا أمر .

واما القيـــاس فانه يسوغ ان تنفرد المراة باختيار زوجهـــا من غير اعتراض من احد الا اذا كان من اختارته غير كفء وذلك من وجوه ثلاثة :

١ — ان لها ان تتولى امر مالها ، وليس لأحد عليها سلطان فى شأنه ، ولا فرق بين الامرين ، لأن العلة هى كمال الولاية بكمال العقل ، وقـــد

سوغ ذلك لها التصرف المـالى الذى قد يكون موضع حجر مع العقل ، فبالأولى يسوغ الزواج الذى لا حجر فيه مع العقـل .

٢ — أن البلوغ مع العقل كاف لاثبات ولاية التزويج كاملة بالنسبة ، فتثبت الولاية كاملة بالنسـبة للفتـاة .

٣ — أن الولاية تثبت وتكون الحاجة اليها بسبب عجز العقل عن ادراك الأمور ، وليس ثمة حاجة توجب هذه الولاية ، ولو كانت اختيارية أو اشتراكا فى الاختيـار .

حجة من يشترطون الولى ويصححون العقـد بصيغتها :

هذه ادلة الرايين المتقابلين : الذى يمنع المراة من غير اذن الولى ، والذى يسوغ من غير استئذان . والذى يجعل المراة لا تصلح صـيغتها لانشاء العقد ، والذى يجعل صيغتها صالحة . وبقيت ادلة الذين يقررون ان صيغة المراة صالحة لانشاء العقد ، ولـكن لايمكن ان يكون العقد صحيحا من غير استئذان وليهـا .

* وادلة ذلك الراى تقوم على اساس ان الادلة متضافرة على اثبات ضرورة اشراك الولى فى الاختيار ، ولا سبيل الى انكار النصوص الدالة على ذلك ، ولكن كون الصيغة من المراة لا تصلح لانشاء عقد الزواج لم يقم دليل على ذلك ، بل أن النصوص تومىء الى ان تزويجها لنفسها باذن الولى جائز ، لان النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « أيما امراة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » يومىء الى ان موضع البطلان هو الزواج بغير اذن ، وليس سبب البطلان هو توليها الصيغة ، ولا دليل من النصوص القرآنية التى سيقت ، يثبت أن النكاح لا ينعقد بصيغة المراة ، لان النكاح أضيف اليها ، كما ان انكاحها اضيف الى الرجل ، فكأن اضافته مرة اليها ، واضافته مرة اليه دليل على انه ليس فى النصوص القرآنية ما يرجح أحد الامرين ، وحيث لا ترجيح فلا منع .

على انه فى الحقيقة أن الاساس هو رضا الولى فى القضية ، فانه اذا كان راضيا بالزواج يندر بل يبعد ان يتركها تتولى الصيغة ، بل انها لا تريد هى ذلك ، وانما يتصور انشاؤها هى للعقد ان كانت مراغمة له ، ولم يلتفت الى رضاه، وان اباحنيفة ومن معه من الفقهاء لايختلفون فى أصل الباعث على اشراك الولى مع البالغة العاقلة فى اختيار الزوج ، ولكن الجمهور راوا ان الباعث يوجب ان تقيد المراة فى الاختيار ، وراى ابو حنيفة

الا يقيدها ابتداء ، وذلك لانفقه الموضوع انالمراة يؤثر زواجها فيالاسرة ، فيجلب لها عارا ان اختارت غير كفء ويؤثر بالفخار ان اختارت كفؤا ، فرئى من أول الامر أن يكون الولى شريكا لها فى الاختيـــار حتى لا يقع المحظور الذى يخشون ، وهو أن تزوج نفسها من غير كفء ويكون ذلك وقاية للأسرة .

وأما أبو حنيفة رضى الله عنه ، فهو قد رأى انه لا يصح أن تقيد حريتها فى الاختيار لامر يتوقع ، وقد يقع ، وكثيرا لا يقع ، وتقييد الحرية فى ذاته يعد ظلما ، فكان الاحتياط لحريتها فى اختيار الزوج يوجب الا يكون تدخل الا اذا وقع الشر بالفعل بأن تتزوج من غير كفء ، فيفسد العقـد على بعض الروايات عن ابى حنيفة ، ويكون للولى الاعتراض على الراى الآخـــر .

ولذلك قرر أبو حنيفة انه يستحب أن تشرك المراة وليها فى اختيار زوجها ، ويسمى الولاية ولاية استحباب ، وان جمهور الفقهاء بالغوا فى التشدد فنفوا أن يعقد الزواج بعبارة المراة لخطورة العقد ، ولآثاره بالنسبة للأسرة ان لم تحسن الاختيار ، ولأن اعلانه يوجب أن يحضره الرجل ، ويكون بين الرجال كما اسلفنا .

اما ابو حنيفة ، فقد سار على الا تقيد حرية المراة فى أمر نفســـها بارادة غيرها الا بالقدر الذى يمسـهم ، وعقده بعبارتها لايمسهم ما دام بكفء وبمهر المثـــل .

وابو حنيفة الذى ترك حرية الاختيار للمراة كاملة من غير ان يشركها احد ، قد القى عليها عبئا ، لأن الحرية دائما لا تختار من تكليف ملزم ، فهى ملزمة الا تتزوج الا كفؤا وبمهر المثل ، فاذا كان قد اعطاها أو بعبارة ادق ابقى لهـــا حريتها كاملة ، فهو قد احتاط لاسرتها ، فاشترط الكفاءة لصحة العقد ، أو للزومه على اختلاف الرواية فى ذلك ، وهـــذا بالنسبة لحق الكفاءة ، كما اشترط أن يكون المهر مهر المثل ، ويكون للولى أن يعترض ، حتى يبلغ مهر المثل ، أو يفسخ العقـــد ان لم يزد المهر .

اذا زوجت نفسها من غير كفء :

واذا زوجت نفسها من غير كفء ، فعلى ظاهر الرواية يكون للولى حق الاعتراض ، وعلى رواية الحسن بن زياد يكون العقد فاسدا اذا كان

لهـا ولى عاصب ولم يرض بالعقـد قبـل انشائه (١) ، وقـد رجح كمال الدين بن الهمـام فى فتح القـدير رواية الحسن بن زياد وقال فى ترجيحها : « كم واقع لا يرفع ، وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو احسن الولى وعدل القاضى ، فقد يترك انفة من التردد على ابواب الحكام ، واستثقالا لنفس الخصومات ، فيتقرر الضرر ، فكان منعه دفعا له ، وينبغى ان يقيد عدم الصحة بما اذا كان لها أولياء احياء ، لان عدم الصحة ، انما كان على ما وجهت به هذه الرواية دفعا لضرر ينالهم ، فانه قد يتقرر كما ذكرنا » .

ويتبين من هذا الكلام أن ترجيح صاحب فتح القدير لهذه الرواية ، انما هو للاحتياط للأولياء الأحياء ، فاذا لم يكن لها ولى حى ، فان العقـد يكون صحيحا ، وليس لأحد الاعتراض عليه ، لأن عدم الصحة لدفع الاذى ، كما ان حق الاعتراض الذى هو الأصل كان لدفع الأذى .

ومهما يكن تخريج ذلك ، فانه قريب من راى الجمهور فى الجملة ، اذ اخـذ به فى المآل ، وربما يكون ذلك الراى فى نهايته متفقا مع الذين قالوا لابد من اخذ راى الولى ، ولكن تنفرد المراة بانشـاء العقـد فى النتيجـة .



ولـما كانت كفاءة الزوج هى الأساس فى الولاية الاختيارية ، وهى شرط لصحة الزوجية عند من يقررون للمراة حرية اختيار الزوج من غير اشتراك وليها ، ولأنها شرط عند كثير من الفقهاء فى الولاية الاجبارية كما سنبين ، وجب أن نتكلم فيها بكلمة موجزة ، قبل الكلام على ولاية الاجبار ، لأنها ذات صلة أقوى بولاية الاختيار ، وهى سبب ثبوتها لتتحقق الكفاءة بين الزوجين .

---

(١) هناك رواية ثالثة تقابل الروايتين السابقتين ، وهى ارفق فى الاعتراض ، فقد ذكرت هذه الرواية ان له حق الاعتراض ، والعقد لا يكون فاسدا ، ولكن حق الاعتراض ليس مطلقا عن الزمان ، بل هو مقيد بوقت ، وهو أن ينتهى بولادتها حفظا لحق الولد ، حتى يتربى بين ابويه ، فانه ينتهى بهذه الولادة حق الاعتراض ، ولو كان للولى عذر كالجهل بالزواج . والحق بعض الفقهاء الحبل الظاهر بالولادة ، وبهذا الراى اخذ بعض المشروعات المصرية ، وهو مشروع سنة ١٩٥٦ فى المادة ٥١ منه وهذا نصها : « يسقط للولى حق فى الفسخ لعدم الكفاءة اذا ظهر حمل الزوجة » .

الكفاءة

اصل معناها : ـــ الكفاءة فى اصل معناها اللغوى المساواة ، فيقال هذا كفء لذلك اى مساو له ، ويراد بها فى النكاح المساواة بين الزوجين فى امور مخصوصة يعتبر الاخلال فيها مفسدا للحياة الزوجية ، وقد اختلف الفقهاء فى هذه الأمور ، ما بين مكثر منها ، وما بين مقل .

ونتكلم الآن فى المذهب الحنفى ، ثم ننظر فيما عداه من حيث موافقته ومخالفتـه .

راى ابى حنيفة واصحابه

الحنفية يعتبرون وجوب المساواة فى ســتة امور : هى النسب والاسلام والحرية ، والمــال ، والتدين ، والحرفة ، على اتفاق فى بعض هذه الأمور ، واختلاف فى بعضها .

١ ـــ الكفاءة فى النسب :

وقد اتفق فيها المذهب الحنفى على أن الكفاءة فى النسب معتبرة عند العرب ، وليست معتبرة عند غيرهم ، لأن العرب هم الذين يحتفظون بأنسابهم وهم الذين يتفاخرون بها ، ولان الكفاءة مبنية على العرف وهذا عرف العرب دون غيرهم ، ولأن الآثار التى ادعوا صحتها وثبوتها عندهم يفيد اعتبارها عند العرب دون غيرهم .

وقد قالوا فى الكفاءة فى النسب ان غير العرب ليسوا اكفاء للعرب ، لانهم فى نظرهم دونهم ، والقرشى من العرب كفء لكل عربية مهما تكن قبيلتها ، ولكن روى عن الامام محمد انه استثنى بيت الخلافة وكان فى عصره هاشميا عباسيا ، فلم يجعل كفؤا لنسائه الا الهاشمى .

وليس كل عربى من غير قريش كفؤا للقريشية ، والعرب بعد ذلك

كلهم اكفاء لبعضهم ، وقد اخذوا فى ذلك بما روى منسوبا الى النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن ، والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالى بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل » . وهذا الخبر ان صح (١) **يدل على ثلاثة امور :**

أولها : ان الاعاجم لا كفاءة بينهم بالنسب وان الكفاءة بينهم بالرجولة .

ثانيها : أن القبائل العربية ما عدا قريشا كلها متكافئة قبيلة بقبيلة .

ثالثها : ان قريشا بعضهم أكفاء لبعض ، من غير تفرقة وليس سائر العرب كفؤا لهم .

ومن هذا يتبين **ان الأعاجم ليسوا اكفاء للعرب** ، وأنهم لا اعتبار عندهم للكفاءة ، ولكن يجب ان يلاحظ أمران :

١ ــ انه روى عن ابى يوسف رضى الله عنه أن المولى إن اشتهر بفضل ، أو احرز من الفضائل المشهورة ما يجعله ذا مكانة بين الناس يصير كفؤا للعربية ، بل القرشية حتى الهاشمية . وقد رجح ذلك فى المذهب الحنفى ، ولذلك تقرر فيه ان العالم الأعجمى كفء للقرشية العربية ، بل العلوية الفاطمية ، لأن شرف العلم فوق شرف النسب .

٢ ــ انه روى عن الشافعى رضى الله عنه ، وعليه أكثر اصحابه من بعده أن الكفاءة معتبرة فى انساب الأعاجم فيما بينهم ، والأمر فيه الى عرفهم قياسا على اعتبار عرف العرب ، فيلاحظ عرفهم ، كما لاحظنا عرف العرب ، وذلك معقول لأنه أساس الكفاءة العرف ، فما دام بعض الاعاجم يعنون بانسابهم كالعرب ، ويتميزون بزواج بعض نسائهم ممن دونهم نسبا ، فانه يجب اعتبارها عند مسلميهم كما أعتبرت عند العرب .

٢ ــ الكفاءة فى الاسلام :

الكفاءة فى الاسلام تعتبر عند الأعاجم فقط ، لأنهم بعد اسلامهم صار فخرهم بالاسلام ، ويقوم عندهم مقام النسب ، ويروى أنه تفاخر

---

(١) تكلموا فى سند هذا الحديث ، والاكثرون ضعفوه ، لو قد جاء فى نيل الاوطار للشوكانى « لم يثبت فى اعتبار الكفاءة حديث صحيح » .

جماعة من الصحابة بأنسابهم ، وسلمان الفارسي منهم ، فقالوا لسلمان ابن من انت ، فقال رضى الله عنه : « أنا ابن الاسلام » فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه ، فبكى عمر وقال : « وانا ابن الاسلام » واذا كان فخرهم بالاسلام فقد اعتبر اساسا فى نسبهم بين المسلمين ، فمن أسلم بنفسه ليس كفؤا لمن لها أب فى الاسلام ، ومن له أب فى الاسلام ليس كفؤا لمن لها ابوان ، ومن له ابوان فى الاسلام كفء لمن لها آباء وذلك لأن التعريف بالأب والجد ، فمن كان له أبوان ، فانه يكمل تعريفه .

ولقد قال أبو يوسف من له أب واحد كفء لمن لها آباء ، لأن التعريف عنده بالأب فقط ، فيكون التعريف كاملا به ، وعلى ذلك يكون الاختلاف أساسه الاختلاف فى التعريف ، فمن اقتصر فى تعريف الأشخاص على اب واحد فانه يكتفى به ، ومن يوجب التعريف الكامل بأبوين اشترط فى كمال الكفاءة بالاسلام لمن لها آباء فيه اسلام ابوين . وترى من هذا أن ذلك الامر مبنى على العرف ، وعلى التعرف بالاشخاص من غير دليل من كتاب او سنة أو اثر عن الصحابة رضوان الله تبارك وتعالى عنهم .

ولا تعتبر الكفاءة بالاسلام عند العرب ، لان شرفهم كان بالنسب ، فالعربى المسلم بنفسه كفء لمن لها آباء فى الاسلام .

٣ ــ الكفاءة فى الحرية :

وهى معتبرة عند الموالى فقط ، وليست معتبرة عند العرب ، لانه لم يقبل من العرب الا الاسلام او القتل .

والأصل فى اعتبارها ان الرق يجلب عارا للأسرة اكثر مما يجلب ضعف النسب أو قرب الطبقة فى الاسلام ، ويلاحظ انه يعتبر فيها ما اعتبر فى الاسلام فالعبد ليس كفؤا للحرة ، والمعتق ليس كفؤا لمن لها أب فى الحرية ، ومن له اب فى الحرية ليس كفؤا لمن لها أبوان ، ومن له أبوان فيها كفء لمن لها آباء .

والاختلاف الذى جرى فى الاسلام بين ابى يوسف والطرفين ، جرى هنا ، فهو يرى أن من يكون له أب فى الحرية كفء لمن لها آباء لأن التعريف عنده بالأب ، والطرفان يريان ان التعريف بالأب والجد .

واساس هذا النوع من الكفاءة هو العرف ، كما ذكرنا فى الكفاءة بالاسلام ، ولا يوجد نص يثبت ذلك .

٤ — الكفاءة فى المـــال :

النوع الرابع من الكفاءة هى الكفاءة فى المـــال ، وهى عند الحنفية معناها أن يكون قادرا على المهر والنفقة ، لأن من لا يقدر على مهـــر امرأته ونفقتها لا يكون كفؤا ، بل انه لا يكون عادلا فى زواجه اذا كان لا يستطيع الانفاق على زوجته . والمهر حكم من أحكام الزواج ومن لا يكون قادرا عليه لا يـــكون قادرا على اعبائه ، وفوق ذلك النفقـــة تدفع بها حاجتها ، فهى الزم لها من النسب . وروى عن أبى يوسف أن القدرة على المهر ليست بشرط لتحقيق الكفاءة فى المـــال ، وانما الشرط القدرة على النفقة لأنها هى التى بها تدوم العشرة ، وبها دوام العقد واستمراره غالبا . أما المهر فقـــد يكون قادرا عليه بقدرة ابيه او امه او جده او جدته ، وغيرهم ممن جرت المـــادة باهدائهم المهر ومعاونتهم فيه .

وروى عنه رواية أخرى ، وهو أن يكون قادرا على تقديم ما جرى العرف بتعجيله ، وقد جاء فى « فتح القدير » و « الهداية » ان ذلك راى ائمة المذهب (١) .

وقدرته على النفقة تكون اذا كان كسوبا ، ولو كان لا يكتسب الا ما ينفق منه يوما بيوم ، وهذا ما قاله ابو يوسف ، وهو المعقول وقيل أن يملك نفقة شهر ، وقيل ستة اشهر ، وقيل سنة ، وفى « البحر » ان كان من أصحاب الحرف تكون القدرة بكونه كسوبا وان لم يكن ذا حرفة ، فالقدرة بنفقة شهر .

هذه هى الكفاءة فى المـــال ، وهناك كفاءة تسمى **كفاءة الغنى أو اليسار** قد اختلف حولها فقهاء المذهب الحنفى ، ومعناها ان تكون ذات الثروة الكبيرة او من تكون من اسرة ذات ثروة كبيرة لا يكون كفؤا لهـــا الا من تكون ثروته قريبة من ثروتها او ثروة ابيها ،وقد اختلف فقهاء الحنفية فى هذا النوع من الكفاءة اهو معتبر أم غير معتبر؟ فبعضهم اعتبرها لان الناس تعارفوا ذلك ، ولان المفاخرة بكثرة المال من شأن أهل الغنى ، وان ذات الغنى الكبير تتضرر من عشرة من لا يقاربها ثروة ، وما دامت الكفاءة تقوم على العرف ، فانه يجب اعتبار العرف فيها فتعتبره . وروى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « رأيت ذا المال عند الناس مهيبا ،

---

(١) وفى البدائع ان القدرة على المهر بالقدرة على مهر مثلها ، ولكن يظهر انه يكتفى بالقدرة على المسمى اذا سمى الاقل من مهر المثل الا اذا اعترض الولى ، فانه عند أبى حنيفة لا بد ان يرفع الى مهر المثل او يفسخ الزواج على ما أشرنا من قبل .

ورايت ذا الفقر مهينا » وقالت : « ان احساب اهل الدنيا بنيت على المـــال » .

والاكثرون فى المذهب الحنفى على عدم اعتبارها ، وهذا هو الاصح لان الكفاءة تكون فى الامور التى لا تتحقق أحكام الزواج الا بها كالقدرة على النفقـــة ، وفى الامور التى لا تقبل الزوال ، والغنى ليس من الامرين ، لان الغنى قابل للزوال ، اذ المال مال الله غاد ورائح ، فغنى اليوم يكون فقيرا غدا ، وليس فى عدم الغنى ما يمنع تنفيذ احكام الزواج ، اذ القدر اللازم لتنفيذ أحكام الزواج كان فى الكفاءة فى المال فيكتفى بها .

وقد ذكرت « الهداية » أن اعتبار الكفاءة فى الغنى راى ابى حنيفة ومحمد ، ولكن ليست هذه رواية الاصول ، لان ما فى « المبسوط » وهو جامع كتب ، ظاهر الرواية يخالفها ، وكذلك ما فى المتون .

٥ ـ الكفاءة فى التدين :

النوع الخامس الكفاءة فى الديانة او التدين والمراد تدين المـــراة وصلاحها ، فالفاسق ليس كفؤا للصالحة بنت الصالح فان كان ابوها فاسقا ، أو كان صالحا ، وبنته ليست مثله ، فالفاسق كفء باتفاق المذهب الحنفى .

واختلف النقل عن ائمة المذهب الحنفى فى اعتبار هذا النوع من الكفاءة، واصح الروايات أن محمدا يرى اعتبارها الا ان يكون مهيبا ذا شوكة بين الناس تمحو عار فسقه ، ولم يعتبر أبو حنيفة كفاءة التدين مطلقـــا ، لان الفسق قابل للزوال، وقال ذلك القول ابو يوسف الا اذا كان الفاسق يجهر بفسقه بين الناس ولا يخفيه ، ففى هذه الحال لا يكون كفؤا للصالحة بنت الصالح ، وهـــذا ما ذكر السرخسى فى المبسوط ، والهداية تسند القول باعتبارها الى الشيخين ، وحجة محمد فى اعتبارها باطلاق أن الصلاح من اعلى المفاخر والمراة تعير بفسق زوجها ، والفسق يخل بأحكام الزواج .

٦ ـ الكفـــاءة فى الحـــرفة :

والنوع السادس وهو الاخير الكفاءة فى الحرفة بأن تكون حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبى الزوجة ، وقد اعتبر هذا النوع من الكفاءة ابو يوسف ومحمد ، ولم يعتبره أبو حنيفة ، وروى عن أبى يوسف مثل قول أبى حنيفة الا أن تفحش كالحجام والدباغ والسائق وغيرهم من ذوى الحرف التى تنزل بأصحابها عن مراتب أصحاب البيوتات فى عرف الناس أو بعضهم .

ولا شك أن اعتبار هذا النوع من الكفاءة أساسه العـــرف ، اذ ان الناس ينفرون من الزواج ممن دونهم حرفة ، وخصوصا اذا فحش الفارق بينهما ، كالامثلة السابقة ، واذا كان العرف هو الاساس في الاعتبار فبمنطقه يعتبر ذلك النوع .

ومن لم يعتبر هذا النوع لاحظ ان الحرف اوصاف غير لازمة ، والزمان قلب ، والله يعطى ويمنع وهو على كل شيء قدير .

* * *

هذه هى الكفاءة فى المذهب الحنفى ، ولنشر بعد ذلك الى موضــع اختلاف المذاهب الأخرى عن المذهب الحنفى فيها .

الرأى الذى ينفى الكفـــاءة :

ونبدأ أولا بمذهب بعض الحنفية ، وهو ابو بكر الاصم ، فهو لم يعتبر الكفاءة مطلقا فى الزواج بأى حال من الاحوال ، ولا فى اى نوع من الانواع ، لانها ليس لها أصل فى الفقه الاسلامى ، ولاسند فى كتاب الله ، ولا سنة صحيحة ، ثابته ولو بطريق الآحــــاد ، ولان الناس جميعا بحكم القــــرآن متساوون لا فضل لعربى على اعجمى الا بالتقوى ، ومن جعـل الكفـــاءة بالنسب فقد صادم ذلك الحديث الشريف الصحيح ، وصادم النص القرآنى الذى يقول : « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » . وقد استدل ايضا بأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بنى بياضة أن يزوجوا ابا هند ، وهو حجام ، وبان بلالا رضى الله عنه خطب الى قوم من الأنصار ، فأبوا ان يزوجوه ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قل لهم ، ان رسول اللـــه صلى الله عليه وسلم امركم ان تزوجونى » ولو كانت معتبرة ما أمرهم ، وأن الكفاءة لو كان لها فى الشرع اعتبار لكان أولى بها فى باب الدماء لانه يحتاط فيه بما لا يحتاط به فى ســــائر الابواب ، ومع هذا لم تعتبر ، فالشريف يقتل بالضعيف فها هنا أولى ، وقال مثل هذا سفيان الثورى رضى الله سبحانه وتعالى عنــــه .

رأى المــــالــــكية فى الــكفاءة

المذهب المالــكى لم يعتبر الــكفاءة فى النسب ، لأن فى ذلك اخــــذا بالعصبية الجاهلية ، وقد نهى عنها النبى صلى الله عليه وســــلم ، ولم يأخذ بالكفاءة فى المال ولا فى الصناعة ولا فى الغنى ، لأن هذه أمور عارضة ،

وقد احتاط لحال من يتزوج ، وهو غير قادر على الانفاق بأن امراته لها ان تطلب التفريق لعدم الانفاق ، سواء من عسرة ام كان عن امتناع مع قدرته ، انما الكفاءة عنده فى التقوى والسلامة من العيوب ، ولقد قال ابن القيم فى ذلك الراى انه روح الدين ، ولم يذكر الكفاءة فى الاسلام ، لأن الاسلام لايثبت بالنسب ، وانما يثبت بعمران القلب بالايمان ، وحسبه اعتبار التقوى المنصوص عليها فى قوله تعالى : « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » .

واما بالنسبة للحرية ، فانه لم ينظر الى النسب فالحر بنفسه كفء لمن لها آباء فى الحرية ، ولكن كان النظر فى ذلك المذهب الى حال الزوج فقط أهو حر ام عبد ، وفى ذلك روايتـــان :

احداهما — ان العبـــد ليس كفؤا للحرة ، لأن الرق ينقص من قدره وينقص من قيامه بواجب الزوجية ، لأن لمالكه عليه حقوقا قد تنازع حقوق الزوجية ، فكان لابد من اعتبـــار الحرية فى هـــذه الدائرة .

الثانية — عدم اعتبارها جزءا من الكفاءة ، فالعبد كفء للحرة مادام له من التدين والتقوى ما يرفعه الى مكان الأبرار ، فانه لا عزة لأهـــل الايمان الا بالتقوى ولا فضل الا بها ، كما قال تعالى : « ان اكرمكم عنـــد الله اتقاكم » هذا مذهب مالك ، ونراه كان يتجه الى الابتعاد عن اخذ الشرف من الآباء والأجداد ، ولو كان يتعلق بالحرية والاسلام ، ويتجه الى المعانى الانسانية والدينيـــة فى الزوج نفسه اذا كانت من شأنها أن تبقى ، ولذلك اتجه الى السلامة من العيوب ، والتدين والتقوى ، وفى رواية انه اتجه الى الحرية الشخصية ، كما تبين من قبـــل .

راى الشـــافعيـــة فى الـــكفاءة

المذهب الشافعى قارب المذهب الحنفى فى انواع الكفاءة التى بينا من قبل ، ولكنه زاد فى بعض الأمور ، ونقص بعضها ، وشدد فى بعضها بما لم يشدد الحنفى .

فزاد على المذهب الحنفى السلامة من العيوب ، ولا شك أن ذلك مطلوب عنده ومعقول ، لأن العيوب تفسد الحياة الزوجية فكان لابد من اعتبارها فى المساواة بين الرجل والمرأة ، ولان لها أن تطلب التفريق من أجلها اذا ظهرت ، فيكون لأوليائها الاعتراض على الزواج بسببها ، ولو اختـــارت هى .

ولم يذكر المذهب الشافعى الكفاءة فى المال ، لأن المراة لها طلب التفريق اذا تبين اعسار الزوج ، فكان هذا مغنيا عن اشتراط الكفاءة فى المال ، لأن آثار الزواج ستتحقق لا محالة .

وذكر الكفاءة فى النسب ، وكان فيها كالمذهب الحنفى تقريبا ، لأن الشافعى كان عربيا قرشيا ، فكان له أن يعتز بعربيته ، وموضع المفارقة أن أبا حنيفة لم يكن عربيا ، ومع ذلك كان أشد الفقهاء تمسكا فى اثبات كفاءة النسب وخصها بالعرب دون غيرهم ، والشافعى رضى الله عنه لم يقصر الكفاءة بالنسب على العرب بلجعلها فىغيرهم اذا كانوا يحفظون انسابهم ، ويتفاخرون بها ، لأن السبب هو حفظ النسب والتفاخر به ، والعرف الجارى به بينهم ، وهذا كما يكون فى العرب يكون فى الأعاجم وقد أشرنا الى ذلك من قبل .

واعتبر أيضا الكفاءة فى الاسلام بما يقارب المذهب الحنفى ، على اختلاف جزئى قليل .

واعتبر الكفاءة فى التدين الى حد ما ، وسماها الكفاءة فى الفقه ، وان كان الفقه ادق فى معناها من التدين ، لأنه التدين مع العلم بالفروع ، أما التدين ، فقد يكون من غير علم بالفروع .

أما الكفاءة فى الحرية ، فقد شدد فيها بما لم يشدد به أبو حنيفة وأصحابه . فمن دخل الرق فى اجداده ولو كان جدا بعيدا ليس كفؤا لمن لايعرف لها رق فى جدودها قط ، ومن لها رق فى أحد جدودها ليس بكفء لها من كان له رق فى جد أقرب اليه من جدها الرقيق ، فمن كان جده الثالث رقيقا لا يكون كفؤا لمن يكون جدها الرابع رقيقا ، لأن العبرة عنده بالتساوى بينهما فى الحرية ومقدارها فروعا وأصولا .

وبالنسبة للكفاءة فى اليسار او الغنى فانها موضع خلاف فى ذلك المذهب ، والراجح فيه كالراجح فى المذهب الحنفى عدم اعتبارها ، لأن مال الله غاد ورائح ، فليس الغنى أو الفقر من الأمور اللازمة التى لا تنفك عن الشخص .

راى الحنابلة فى الكفاءة

المذهب الحنبلى فيه روايتان عن أحمد :

احداهما : كالمذهب الشافعى ، وقد بيناه ما عدا السلامة منالعيوب فى الجملة ، فهو لم يجعل السلامة من العيوب شرطا من شروط الكفاءة

بحيث يسوغ للولى الاعتراض اذا لم يكن الزوج سليما من العيوب ، فلا يعترض لذلك مع موافقتهــا .

والرواية الثانية ــ انه لاكفاءة الا فى التقوى والنسب ، وبذلك يلتقى المذهبان الحنبلى والمالــكى فى اعتبار التقوى ، ويفترقان فى ان الحنبلى اعتبرالنسب ، والمــالــكى لم يعتبره .

وخلاصــــة المذهب الحنبلى ان أمرين اتفقت الرواية فيهما ، وهما التقوى والنسب ، فالــكفاءة فيهما معتبرة باتفاق الروايات ، اما ماعدا هذين الأمرين فقد اختلفت فيهما الروايات ، فرواية أنها تعتبر ، ورواية اخرى انها لا تعتبر ، وقد رجح ابن القيم راى المالــكية ، وقال انه روح الاسلام ، ونحن مع ترجيحه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

الولاية الاختيارية في الزواج والكفاءة

اشتراط كفاءة الرجل وعدم اشتراط كفاءة المراة :

يلاحظ ان الكفاءة حق للولى العاصب ، فله الاعتراض ان تزوجت بنفسها أو يفسد الزواج ، وهذا عند من يجيز لها ان تعقد بنفسها ، ولها الاعتراض ان وكلت فى زواجها وليها أو غيره ، فزوجها بغير كفء على ما هو مبين فى الولى . ولكن الاعتراض بعدم الكفاءة لايظهر اذا كان الذى تولى الزواج هو الولى المقدم على غيره ، فانه هو الذى يتعير بعدم الكفاءة ، وهو الذى تولى ، ولا ساغ له الاعتراض على فعل نفسه الا اذا كان ثمة تغرير به او بها ، فان الاعتراض حينئذ او حق الفسخ يكون بسبب هـذا التغرير .

ولنبتدىء من بعـد ذلك ببيـان القوانين العربيـة ، وما اخذت بالنسـبة للولاية الاختيـارية والـكفاءة .

ونقرر هنا ان الجمهورية العربية المتحدة تاخذ بمذهب ابى حنيفة فى احكامها ، وهو ان الولاية الاختيارية فيها غير ثابتة ، بل ان المراة تتولى عقد زواجها ، اذ المطبق هو راى ابى حنيفة رضى الله عنه .

وهو يشترط ان يكون الزوج كفؤا للمراة ، ولا يشترط ان تكون المراة كفؤا للرجل ، وذلك لان الاحكام الواردة فى الكفاءة تتجه كلهـا الى اشتراطهـا فى جانب الرجـل ، والعرف يعير اسرة المراة بالزوج غير الكفء ، ولا تعير اسرة الرجل اذا كانت زوجته غير كفء ، ولأن الرجل يرفع المراة الى مقامه من الشرف والاعتبار اذا كان رفيعا وكانت هى فى اصلها خسيسة ، ولا ترفعه هى الى مرتبتها اذا كانت نسيبة ، ذات شرف ، بل ان شرفها يهوى معه . ولأن الرجل يملك الطلاق فى اى وقت فيستطيع رفع الخسة عن نفسه ان كان ما يلحقه ، والمراة لا تستطيع الطـلاق ،

فلا تستطيع رفع خسة الرجل ، ولا تستطيع اسرتها رفعها الا بفسخ الزواج ، فكان لها حق الفسخ ابتداء ، او وقع العقد فاسدا .

ولا تعتبر الكفاءة من جانب المراة اى لايشترط ان تكون المراة كفؤا للزوج الا فى صورتين :

احداهما — فى الولاية الاجبارية ، فان تزويج الصغير والمجنون اذا كان الولى غير الأب او الجد او كان أحدهما وكان معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا ، فان الزواج لا يصح الا اذا كانت الزوجة كفؤا على ما سنبين فى الولاية الاجبارية .

الثانية — اذا وكل رجل آخر فى تزويج نفسه ، واطلق الوكالة ، فان الصاحبين قالوا ان الوكيل يكون مقيدا بالكفاءة فلا يزوجه الا من امراة ، لان المطلق ينصرف الى الفرد الكامل ، والفرد الكامل هو الكفء ، ولانه وكله ليستعين برأيه ، والاستعانة لا يكون مظهرها الا اذا اختار له الكفء السليمة من العيوب .

من له حق الاعتراض :

والذى له حق الاعتراض عند نقص الكفاءة هو الولى العاصب القريب ، فان رضى الولى القريب فليس لأحد من بعده أن يعترض ، لانه لا اثر لولاية من بعده مادام هو حيا . وان لم يرض الولى القريب فلا عبرة برضا غيره ، اذ لا ولاية للبعيد مع وجود القريب ، ولأن القريب هو الذى يرغب فى المصلحة ، ويشعر بالعار أكثر من غيره ، واذا تعدد الأولياء وكانوا فى درجة واحدة من القرابة ، ولا رجحان لأحدهم على الآخرين ، فقد قال ابو حنيفة ومحمد ان رضا بعضهم يزيل حق سائرهم فى الاعتراض ويلزمهم ، لان الولاية لا تتجزأ ، ولان القرابة هى السبب واذا تحقق السبب ، وجد المسبب كاملا غير منقوص ، وذلك كحق العفو فى القصاص اذا صدر عن بعضهم الزم باقيهم ، فاذا رضى بعضهم بالعقد اعتبر رضا من الباقين ، كما اذا باشر أحدهم العقد ، ليس لأحد من بعد الاعتراض ، هذا وان رضا بعضهم يدل على ان ما ينالها من مصلحة فى الزواج اكبر مما ينالهم من عار فيه بسبب عدم الكفاءة ، أو لاعار اذ لايثبت العار فى كل حال لا تتوافر فيها الكفاءة .

وقال ابو يوسف وزفر لا يسقط حق الأولياء المتساوين فى الدرجة اذا رضى بعضهم بالعقد ، لأن حق الكفاءة حق مشترك لا يسقط برضا

بعضهم ، بل لابد من رضا جميعهم ، فاذا رضى بعضهم فقد اسقط حقه هو دون حق غيره ، لأن رضا احدهم ليس اقوى من رضاها ، واذا كان رضاها لا يسقط حقهم فى الاعتراض ، فأولى الا يسقط حق جميعهم برضا بعضهم .

المعمول به فى مصر بالنسبة للكفاءة

المعمول به هو المذهب الحنفى كما ذكرنا ، ولكن قد وجدت اقتراحات خاصة بالكفاءة ، واقتراحات خاصة بالولاية الاختيارية .

اما الخاص بالكفاءة — فقد وجد اقتراحان احدهما كان فى مشروع القانون الذى اعد سنة ١٩٥٦ ، فانه قد اسقط الكفاءة فى الحرية والاسلام ، وابقى ماعداها مما جاء فى المذهب الحنفى ، وهذا نص المادة « ٤٥ » منه :

« يشترط فى لزوم الزواج ان يكون الرجل وقت انعقاد العقد كفؤا للمرأة من حيث النسب والديانة والمال والمهنة وذلك حسب العرف وتقدير القاضى . »

والاقتراح الثانى كان فى المشروع الذى تم وضعه سنة ١٩٦٥ وفيه الغيت الكفاءة الغاء تاما الا فى التدين كما هو مذهب ابى بكر الاصم وسفيان الثورى ، ومعنى مذهب مالك فى الجملة ، والرواية الراجحة فى مذهب الامام احمد رضى الله عنهما .

وفيما يختص بولاية الاختيار ، فان المعمول به كما ذكرنا هو راى ابى حنيفة رضى الله عنه ، وهو ان المرأة تتولى عقد زواجها بنفسها ، وليس لأحد عليها من سبيل ما دامت قد اختارت الكفء ، وكان العقد بمهر المثل ، والا فانه للولى حق الاعتراض على ما هو مذهب ابى حنيفة والرواية الراجحة فيه ، وهو كون العقد يقع فاسدا .

لمهيئا

ولكن وجد فى المشروع الذى تم اعداده سنة ١٩٦٥ انه « لابد من ثبوت ولاية الاختيار اذا كانت بين البلوغ الطبيعى ، وبلوغ الرشد ، وكان ذلك اخذا بآراء جمهور الفقهاء ، لأن الفتاة فى هذه السن لا تكون كاملة النضج ، وهى متهمة بسوء الاختيار ، فلا تنفرد بالاختيار ، بل لابد ان يشركها وليها » .

المعمول به فى السـودان

المعمول به فى السودان هو بشكل عام المذهب الحنفى بحيث ما لا يكون فيه نص من المنشورات يتبع فيه مذهب ابى حنيفة ، وفى باب الولاية فى الزواج كانت الأحكام مأخوذة من مذهب مالك فترتيب الأوليـاء ماخوذ من مذهب مالك الذى بيناه آنفا ، وبالنسبة للولاية الاختيارية والاجبارية كان مذهب مالك مع بعض التطوير ، فكان فى المنشور رقم ٣٥ الصادر فى ٢٢ مارس سـنة ١٩٦٣ .

وان ذلك المنشور نص فيه على ان الولاية ثابتة على كل امـراة ، الولاية الاجبارية تثبت على البكر ، حتى تبلغ الثالثة والثلاثين كما هو مذهب مالك ، والولاية الاختيارية تثبت على الثيب ، ولذلك صدرت المـادة الاولى منه بهذا النص :

« الولى للمراة بشروطه شرط لصحة الزواج ، فلا ينعقد زواج بدونه ، والعاقدان للزواج الولى والزوج او من يقوم مقامهما » .

واما الثيب فلا يزوجها وليها الا باختيارها ، فلا بد من رايها وراى وليها اذا كانت بالغة عاقلة ، وقد نصت على ذلك المـادة السادسة ، وهذا نصها :

« لا يجبر الأب ابنته البالغة التى زالت بكارتها بعقد زواج صحيح او فاسد مختلف فيه او مجمع على فساده ، ويدرا الحد ، ولابنته البكر التى رشدها بعد البلوغ بقوله لها رشدتك اطلقت يدك او نحوه ، ولابنته التى اقامت فى بيتها الساكنة فيه مع زوجها سنة منحين دخول الزوج بها ، ولو انكرت الوطء ، بعد فراقها منه ، وافقها الزوج أم لا الا اذا علم عدم خلوة الزوج بها ، فلا يرتفع اجباره عنها ، ولو اقامت معقودا عليهـا سـنين » .

ويستفاد من هذه المادة ان كل امراة لا تدخل فى الولاية الاجبـارية لابد من اختيارها ، وقد اضيف الى الثيب نوعان من الابكار لاتثبت عليهما ولاية الاجبار ، بل ولاية الاختيار .

الاولى — البالغة التى رشدت ، بأن اعتبرها وليها رشيدة ، وقال لها رشدتك ، اى عاملها معاملة الراشدين الذين لا يبت فى أمرهم من غـير رايهم ، وهذه لابد من اخذ رايها فى زواجهـا ، حتى لا ينقض أمـرا تم

من جهته ، فقد اعتبرها رشيدة مدركة ، فلا يسوغ له أن يرجع فى الأمر الذى ابرمه من قبله ، ويظهر انه يشبه هذه من يحكم قانون الولاية المالية برشدها . لأن حكم القانون بالرشد لا يقل قوة عن ترشيد الولى لها .

الثانية ــ المراة التى انتقلت الى بيت الزوجية ، وثبتت خلوة الزوج بها ، واخليت بينهما الاستار ، ولم يدخل بها ، سواء وافقها فى عدم الدخول أم خالفها ، فانها وانكانت بكرا تعتبر فىحكم الثيب اذا استمرت ساكنة فى بيت الزوجية سنة كاملة الا اذا اثبت الزوج عدم الخلوة بها فى اثناء هذه السنة .

ونرى أن هذا المنشور ادخل الأبكار فى حكم المجبرات ، الا فى هاتين الحالتين المذكورتين .

ولقد جاء بعد ذلك المنشور رقم ٥٤ الصـــادر فى ٢٨/م/١٩٦٠ والغى الاجبار عن البالغة البكر باطلاق ، لا فى حال دون حال ، ونصت على ذلك المـــواد ٦ ، ٧ :

المادة ٦ ــ البالغة تزوج باذنها ورضاها بالزوج والمهر ، ويقبل قولها فى بلوغها ما لم يكذبها الظاهر ، فان كانت بكرا اعتبر صمتها رضا بالزوج والمهر . ولا يقبل من البكر دعوى جهلها بأن صمتها رضا الا اذا عرفت بالبله . فاذا عرض عليها الزوج والمهرفرفضت بالقول أو ظهر منها ما يدل على الامتناع من فعل او قول فلا تزوج لعدم رضاها ، فان زوجت فسخ العقد ، ولو اجازته بعد رفضها . وان كانت ثيبا لا يكفى صمتها فى تفويض العقد للولى ، ولابد أن تعرب بلسانها عما فى نفسها عن الرضا بالزوج والصداق .

المـــادة ٧ ــ البكر البالغ اذا عقد عليهـــا بغير اذنها ، ثم أخبرها بالعقد فلابد من قبولها بالقول صراحة فان لم تقبل فسخ العقد . هـــذا نص بعض المنشور ، وترى انه خالف المنشور المرقوم بخمسة وثلاثين فى أن البكر البالغة خرجت عن ولاية الاجبار ، ولا بد من استئذانها . كما هو المذهب الحنفى ، وخولف بذلك المذهب المـــالــكى .

ويلاحظ انه فرق فى البكر بين حالين :

احداهما ــ ما اذا كان العقـــد بحضرتها او كان انشـــاؤه بعلمهـــا وبتفويض من وليها قبل مباشرته ، فان المـــادة السادســـة صرحت بأن صمتها اذن ، كما قـــال النبى صلى الله عليه وسلم اذنها صمتها . وأمـــا

اذا كان العقد ابتداء بغير تفويض منها ، ولم يكن بحضرتها ، وهى **الحال الثانية** — فان العقد لا يصح الا بعد اذنها ، واذنها لابد ان يكون بالقول، أومايقوم مقامه ، ولايكفىالصمت للقبول، لأن الاساس هوالحياء ، وهو واضح عندما يكون العقد بحضرتها ، أو بتفويضها ، ولكن لايكون الحياء بالسكوت دليلا على الرضا اذا كان العقد فى غيبتها ، ثم كان الاستئذان من بعد ذلك ، وقد نصت على ذلك المادة السابعة .

ويلاحظ فى المعمول به فى السودان انه وافق الراجح فى المذهب الحنفى انه اذا تعدد الاولياء فى الولاية الاختيارية ، وكانوا فى مرتبة واحدة ، فأيهما عقد ورضى بالعقد والزوج فان العقد يصح وينفذ .

وقد اختلف مع المذهب الحنفى فى أن الولى الذى يعد البكر رضا بالصمت عند استئذانه هو الأب أو الجد ، اما غيرهما ، فلابد ان ترضى صراحة بالقول ، ولايعنى الصمت عن القبول بالقول ، لانها تستحيى منهما وتستحيى عن التصريح بالقبول ، ولا تستحيى من الرد ؟ أما غيرهما من الاخوة ، والاعمام ، فليس لهم هذه المنزلة ، فالحياء منهم لا يكون كالحياء منهما ، ولذلك لا يتعين السكوت معهم دليلا على الرضا كالسكوت مع الاب والجد .

المعمول به فى العراق

فى قانون العراق اخذ براى ابى حنيفة . من انه لا تثبت على المراة ولاية الاختيار بمعنى ان البالغة العاقلة لها ان تزوج نفسها وليس للولى ان يعترض على ذلك الزواج ، وفى ذلك اخذ بمذهب ابى حنيفة فى الجملة ، ولكن لم يتعرض القانون العراقى ١٥٨ لسنة ١٩٥٩ ولا تعديله فىاشتراط ان يكونعقد المراة بكفء ، فهلاهملالكفاءة اهمالاتاما ولميتمسك باشتراطها اذا تولت المراة زواج نفسها من غير رضا وليها ، ولا اذنه ؟ لو كان قد نص على انه يعمل بمذهب الحنفية فيما لم ينص عليه فى هذا القانون ، لقلنا اننا نتبع المذهب الحنفى ، فيكون العقد فاسدا اذا تولته المراة ، وذلك على رواية الحسن بن زياد اللؤلؤى ، وهو ما رجحه ابن الهمام ، كما ذكرنا من قبل .

ولكن جاء النص فى القانون السابق فى صدره على الوجه الآتى :

« المادة الاولى — تسرى النصوص التشريعية فى هذا القانون على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها او نحواها .

المـــادة الثانية ـــ اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه فيحكـــم بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لهذا القانون .

المـــادة الثالثة ـــ تسترشد المحاكم فى كل ذلك بالاحكام التى اقرها القضاء والفقه الاسلامى فى العراق ، وفى البلاد الاسلامية الأخرى التى تتقارب قوانينها من القوانين العراقية » .

وانه بلا شك فى هذا النص يتجـــه الى البحث عمـــا يلائم القانون العراقى فيما يتعلق بولاية المراة أمر زواجها بنفسها فلا نجد هنا الا راى شيخ فقهاء العراق أبى حنيفة رضى الله عنه ، وعلى ذلك يكون اطلاق زواج المراة لنفسـها هو الذى يتفق مع راى أبى حنيفة ، فيلائمه ، وعـــلى ذلك يكون من الضرورى أن يكون زواجها من كفء وبمهر المثل ، وان تفسير الكفاءة يكون على مقتضى الفقه الحنفى ، لأنه هو الذى يلائم القـــانون العراقى .

المعمول به فى الأردن

جاء بأحكام الزواج ، كما اشرنا من قبـــل ـــ القـــانون رقـــم ٩٢ لسنة ١٩٥١ الصادر بتاريخ ١٩٥١/٨/١٦ ـــ ، وقد جاء بالمادة الخامسة من هذا القانون ، ما نصـه :

« للقاضى حق تزويج البكر والثيب التى اتمت السابعة عشرة من عمرها من الكفء ، حال عضل الولى ، وامتناعه عن تزويجها وذلك عند الطلب » .

فان فحوى هذه المادة أن زواج البالغة العاقلة التى وصلت الى السابعة عشرة من عمرها يتولى تزويجها الولى برضاها ، فان امتنع من غير مبرر اعتبر عاضلا ، والقاضى حينئذ يتولى العقد رفعا لهذا الظلم ، وبذلك يكون القانون كما يدل هذا التضمن متجها الى الأخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذى يرى ان المراة لا تتولى عقد زواجها ، بل يتولاها وليها ، والا فانها تتزوج بنفسها عند امتناع وليها ، ولا تحتاج الى أن يتولى القاضى صيغة الزواج بنفسـه أو بمن ينيبه .

وانه بمراجعة المادة الرابعة وجمعها بالمادة الخامســـة يتبين أن البالغة لهـــا دوران :

احدهما — من الخامسة عشرة الى ما قبل تمام السابعة عشرة ، لا لا يتولى الولى زواجها ، ولو كانت هى راضية وطلبته منه ، بل لابد من طلبها واذن القاضى ، ويتولى من بعد ذلك الولى صيغة العقد ، وقد اشرنا الى هذه المادة من قبل .

الدور الثانى — السابعة عشرة ، فان وليها يتولى زواجها ولا تتولى هى صيغة العقد ، كما هو رأى الجمهور ولكن لابد من رضا ، ولكن اذا امتنع الولى عن زواجها ممن رضيته عضلا ، فانها ترفع أمرها الى القاضى ليرفع الظلم ، وان هذا بلا ريب سير على راى الجمهور .

وبالنسبة للكفاءة ، فانه لم ينص على مواضع اعتبارها ، فهل يرجع فى ذلك الى مذهب ابى حنيفة ؟ الظاهر ذلك لانه جاء فى المادة (١٢٩) ما نصـــه :

« ما لا ذكر له فى هذا القانون يرجع الى الراجع من مذهب ابى حنيفة » .

والكفاءة لم ينص على انواعها .

وقد يقول قائل : انه ما دام الزواج هو الذى يتولاه الولى : فانه لا جدية فى النظر الى الكفاءة . ونقول فى ذلك ، ان ذلك الكلام له موضعه بالنسبة لانشاء العقد ، ولكن له نظرة اذا كان الولى قد امتنع عن التزويج لنتصان كفاءة ممن رضيته المراة زوجا ، فلا يعد عاضلا اذا امتنع عن تزويجه منها لانه امتناع بسبب شرعى مقبول ، والقاضى يولّيه اعتبـــاره أن رفع الأمر اليه .

وقد اتى القانون الأردنى بنص فى الكفاءة ليس له نظير فى الفقـــه الاســلامى ، فقد جاء فى المادة السادسة بعنوان الكفاءة فى السن ، ما نصه : « لا يجيز القاضى او نائبه نكاحا فيه تفاوت فى السن ، يتجاوز العشرين عاما قبل ان يتأكد من رضا الاصغر سنا وانه قابل لذلك دون جبر أو اكراه ، وان مصلحته متحققه فى ذلك » .

وقد كان ذلك القانون فى هذا قدوة للقانون السورى من بعده ، وقد عرض ذلك عند دراسه الأحوال الشخصية فى مصر ، فرفضته اللجنة بالاجماع ، لانه تدخل فى الحرية الشخصية ، وكل عاقد يتحمل تبعـــات ما يفعـــل .

المعمول به فى سوريا

القانون السورى لم يشترط ان يتولى الولى زواج المراة العاقلة ، بل انها تتولى زواجها بنفسها ، ولكن الزواج سواء أكان طالبه رجلا او امراة لابد فيه من اذن القاضى ، كما هو الأصل فى قانون حقوق العائلة العثمانى ، وقد جاءت مواد القانون السورى مبينة حق المراة فى تزويج نفسها بعد استئذان القاضى كالرجل ، فقد جاء فى المادة التاسعة عشرة ما نصـــه :

« الكبيرة التى اتمت السابعة عشرة اذا ارادت الزواج يطلب القاضى من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له فاذا لم يعترض أوكان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضى بزواجها بشرط الكفاءة » .

وهنا نجد القانون توسط فى الأخذ من آراء المذاهب ، فلم يأخذ براى الجمهور الذين قالوا ان الزواج لاينعقد بصيغة النساء ، وان الولى هو الذى يتولاه ، كما لم يأخذ برأى أبى حنيفة الذى اعطى المراة الحق كاملا فى تزويج نفسها من الكفء ، بل جعل القاضى يتولى استئذان الولى ، واخذ رأيه فان اعترض ابتداء بوجه معقول امتنع عن الاذن ، وان لم ير الوجه معقولا ، اذن لها .

ويلاحظ أن عدم الاذن لم يمنع صحة الزواج ، ولكن فرضت عقوبة على من يفعل ذلك .

وبالنسبة للكفاءة فقد تعرضت لذلك المـواد ٢٦ ــ ٣٢ ، وهـذا نصـها .

المادة ٢٦ ــ يشترط فى لزوم الزواج ان يكون الرجل كفؤا للمراة .
المادة ٢٧ ــ اذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولى فان كان الزوج كفؤا لزم العقد ، والا فللولى طلب فسخ النكـاح .
المادة ٢٨ ــ العبرة فى الـكفاءة لعرف البـلد .
المادة ٢٩ ــ الكفاءة حق خاص للمراة والولى .
المادة ٣٠ ــ يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة اذا حملت المراة .
المادة ٣١ ــ تراعى الـكفاءة عند العقد ولا يؤثر زوالها بعـده .
المادة ٣٢ ــ اذا اشترطت الكفاءة حين العقد ، أو اخبر الزوج انه كفء ، كان لكل من الولى والزوجة طلب فسخ العقد .

ويتبين من هذا أن القانون السورى اخذ فى باب الكفاءة كثيرا من أحكام المذهب الحنفى ، فحق الفسخ للولى هو ظاهر الرواية فى ذلك المذهب ، ولم يأخذ برواية الحسن بن زياد ، وملاحظة الكفاءة عند العقد فقط هوماصرح به فقهاء الاحناف ، واشتراط الكفاءة يجيز للمراة الفسخ ، كما يجيز للولى من المبادىء المقررة فى ذلك المذهب ، وكون الكفاءة حقا للولى هو ايضـــا ما صرح به الحنفية .

ولقد احسن القانون فى انه لم يعد الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة عدا ، بل جعل العرف مقياسها ، وترك تقدير ذلك للقضاء .

وقد تعرض القانون بعبارات مبهمة للفارق الكبير فى السن ، فاشترط التناسب ، وعند الافتراق اشترط الا تكون مصلحة مسوغة ، وترك ذلك لتقدير القضـــاء ، وهـــذا نص المـــادة ١٩ :

« اذا كان الخاطبان غير متناسبين ، ولم يكن مصلحة فى هذا الزواج ، فللقاضى ان يأذن به » .

المعمول به فى تونس

الراغبون فى الزواج يقسمهم القانون التونسى الى اقسام ثلاثة :

القسم الأول — من قبل الخامسة عشرة للصغيرة ، والثامنة عشرة للصـــغير — لايجوز الزواج الا باذن خاص من الحاكم وذلك بعد ثبوت البلوغ الطبيعى ، وقبل البلوغ الطبيعى لا زواج كما أسلفنا من القول . والزواج فى تلك السن يظهر أنه من حق الحاكم وحده ، وقـــد نص على ذلك فى المـــادة الخامسة .

القسم الثانى — فى الفترة ما بين الخامسة عشرة للصغيرة او الثامنة عشرة للصغير الى العشرين ، وفى هذه الحال لا ينفذ الا برضا الولى ، وقد نص على ذلك فى المادة السادسة التى تسمى — الفصل — وهـــذا نصـــــها :

« الفصل السادس : زواج الرجل والمرأة اللذين لم يبلغا سن الرشد القانونى يتوقف على موافقة الولى ، فان امتنع الولى من هذه الموافقة ، وتمسك كل برغبته رفع الامر للحاكم » .

وسن الرشد قد بينته المادة ١٥٣ وهذا نصها :

«يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد ، وهى عشرون سنة كاملة » .

وعلى ذلك تكون الفترة ما بين الخامسة عشرة والثامنة عشرة الى العشرين تكون ولاية اختيارية ، ويلاحظ ان هذه الولاية لا تكون على المراة وحدها ، **بل تسكون على الرجل ايضا ، فمن لم يبلغ العشرين ليس له أن** ينفرد بالزواج ، بل يشترك معه وليه العاصب فى ذلك .

القسم الثالث — بعد تمام العشرين لا تكون ثمة ولاية تزويج لا اختيارية ولا اجبارية ، وفى هذا الجزء يلتقى مع راى ابى حنيفة الذى يمنع **الولاية** بعد البلوغ ، **بيد أن هذا عينها عند تمام العشرين ، لا عند البلوغ ،** ولكن ابا حنيفة احتاط للأولياء ، فجعل لهم الحق فى طلب الفسخ اذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، **أو** تزوجت بغير كفء ، بل ان رواية الحسن بن **زياد تفيد أن الزواج يكون فاسدا اذا زوجت نفسها من غيركفء ، وليس** فى القانون المغربى ذلك الاحتياط لحق الأوليــاء .

بل ان ذلك القانون لم يتعرض للاحتياط للأولياء ، لأن المادة التاسعة **التى أطلقت للمراة حق تزويج نفسها لم تتقيد بالكفاءة ، ولابغيرها ، وهذا** نصــها :

« للزوج والزوجة أن يتوليا عقد زواجهما بانفسهما ، وان يوكلا به من شاءا ، وللولى حق التوكيل ايضـــا » .

والأولياء الذين يتولون التزويج هم الذين عرفتهم المادة الثامنة ، وهم كالمذهب المالكى ، ونصها :

«الولى هو العاصب بالنسب ، ويجب ان يكون عاقلا ذكرا رشيدا ، والقاصر ذكرا كان او انثى وليه وجوبا ابوه او من يعينه والحاكم ولى من لا ولى له » .

وهذا النص يفيد أن الولى وجوبا هو الأب أو من ينيبه أما غيره من **العصــبات فهم يختارون من الحاكم ، أن لا تثبت ولايتهم الا بتقرير من** الحــاكم .

ولقد اثبت القانون التونسى الولاية للأم على من لا يبلغ العشرين ، كالأب تماما ، فقد جاء فى القانون ما نصه فى المادة الرابعة :

« وينسحب هذا التطبيق وجوبا . وبنفس الصفة التى خولت للأب أو الأم ان كانت ارملة على الأبناء الذين لم يتزوجوا او كان عمرهم دون العشرين سنة كاملة » .

المعمول به فى المغرب

اخذ القانون المغربى اكثر احكام الزواج من المذهب المالكى ، وهو يتلاقى فى بعض وجوهه مع القانون التونسى ، ويتلاقى مع اكثر وجوهه مع القانون السورى ، فهو بالنسبة للزواج فى حال القصر تجرى الأقسام الثلاثة السابقة ، فلا زواج قبل الخامسة عشرة للفتاة ، والثامنة عشرة للفتى ، وبعد بلوغ هذه السن تكون الولاية للولى ، ذكرا كان المولى عليه أو انثى ، حتى يبلغ الرشد ، فان امتنع الولى عن التزويج عضلا أمر القـــاضى بالتزويج .

وفى الفترة ما بين البلوغ الطبيعى والثامنة عشرة اذا شكا الفتى العنت كان التزويج باذن القاضى ، وبعد بلوغ الرشد تكون حرية الزواج للفتى ، وتكون الولاية الاختيارية على المراة .

وهو فى الجزء الاول يتلاقى مع القانون التونسى ، وفى الاخير يتلاقى مع مذهب جمهور الفقهاء .

وقد نصت على ذلك المواد ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، وهذا نصـــها :

المـــادة ٨ او الفصل الثامن : تكمل أهلية النكاح فى الفتى بتمام الثامنة عشرة ، فان خيف العنت رفع الأمر الى القاضى ، وفى الفتاة ببلوغ الخامسة عشرة من العمر .

الفصل التاسع : الزواج دون سن الرشد القانونى متوقف على موافقة الولى ، فان امتنع عن الموافقة ، وتمسك كل برغبته رفع الامر الى القاضى .

الفصل العاشر : (١) يجوز للولى ان يوكل من يعقد نكاح موليته ، كما للزوج ان يوكل من يعقد عنه . (٢) ليس للقاضى أن يتولى بنفسه تزويج من له الولاية عليه من نفســه ، ولا من اصوله ولا من فروعه .

الفصل الحادى عشر : الولى فى الزواج هو الابن ثم الأب او وصيه ثم الاخ ، فابن الاخ ، فالجد للأب فالاقربون بعــد بالترتيب ، ويقـــدم الشقيق على غيره ، فالكافل ، فالقاضى ، فولاية عامة المسلمين بشرط أن يكون ذكرا عاقلا بالغا .

الفصل الثانى عشر : الولاية حق للمراة ، فلا يعقد عليها الولى الا بتفويض من المراة على ذلك الا فى حال الاجبار المنصوص عليها فيما يلى :

١ — لا تباشر المراة العقد ، ولكن تفوض لوليها او يعقد عليها .

٢ — توكل المراة الوصى ذكرا تعتمده لمباشرة العقد على من تحت وصـــــايتها .

٣ — لا يسوغ للولى ولو ابا ان يجبر ابنته البالغ ولو بكرا على النكاح باذنها ورضاها ، الا اذا خيف على المراة الفساد فللقاضى الحق فى اجبارها ، حتى تكون فى عصمة زوج كفء يقوم عليها .

الفصل الثالث عشر — اذا عضل الولى المراة امره القاضى بتزويجها، فان امتنع زوجها القاضى بصداق امثالها لرجل كفء .

ونرى ان هذه الاحكام كلها من مذهب الامام مالك وبعضها قول فيه ، وان لم يكن هو الراجح .

ولـــكن يجب التنبيه لأمرين : وهما فى المذاهب ، وقد ذكرتهما المواد السابقة :

اولهما — انه قد جاء فى الفقرة الثالثة من المادة الثانية عشرة ان المراة اذاكانت وصيا فىالزواج لاتتولاه بنفسها ، بل توكل من يتولىعنها ، وبذلك يتبين ان القانون يجيزللأب او يوصى بالزواج لامراة ، وانكانالعقد لا يكون بصيغتها بحكم المذهب المالكى ، وبحكم هذا القانون وفى هده الحال يتحقق الأمران : صحة الايصاء ، وســـلامة العقـــد بتوكيل غيرها .

الأمر الثانى — ان البالغة العاقلة لا تجبر ولو بكرا وهذا احد الاقوال فى المذهب المالكى ، ولكن قد تجبر ثيبا او بكرا اذا خيف عليها الفساد ، وامتنعت عن التزوج ، فانها تجبر على الزواج ، ولكن يكون ذلك للقاضى لا للولى ، لان له سلطانا اعلى من سلطان الولى ، اذ ان سلطان الولى على البالغة العاقلة لا يتجاوز المشاركة ، وتولى الصيغة ، ولها اختيار الزوج ، اما هنا فالسلطان اكبر من ذلك ، اذ هو اجبار على الزواج ، ولا شك ان ذلك يكون اذا لم تكن هى قد اختارت زوجا كفؤا ، فانه يعقد عليه وليها ، والا كان عاضلا ، ويتولى القاضى ، فهى صـــورة لمن ابت اصل الزواج .

وقد تعرض القانون المغربى للكفاءة كما تعرض للكفاءة فى السن ، فذكر فى المادة الرابعة عشرة أن الكفاءة قد تشترط فى الزواج ، وهذا نص المــادة ، وجعلها خاصة بالمراة ، واليك نص المادة :

(أ) الكفاءة المشترطة فى لزوم الزواج حق خاص بالمراة والولى .
(ب) الكفاءة تراعى حين العقد ، ويرجع فى تفسيرها الى العرف .

وجاء فى المادة الخامسة عشرة ما نصه : « يعتبر التناسب العرفى فى السن بين الزوجين حقا للزوجة » .

ويستفاد من هذه النصوص أمران :

أولهما ــ أن الكفاءة تثبت بالاشتراط ، اذ جاء فى الفقرة الأولى من المادة ١٤ فى صدرها ــ الكفاءة المشترطة فى العقد ، أى التى اشترطت فى وقت انشائه ، وان اثرها ان تجعل العقد غير لازم بالنسبة للزوجة والولى ان تخلفت، وانها لااثر لها بالنسبة للزوج ، ولواشترطها ، لأنه يستطيع أن يطلق ، وذلك هو مفهوم عبارة المادة ، وتفيد الفقرة الثانية ان العبرة فى الكفاءة بالعرف ، كما هو القانون السورى .

ويلاحظ أن فارق السن إذا كان مخالفا للعرف معتبر بالنسبة للزوجة، وليس معتبرا بالنسبة للزوج ، لأن الزوج اذاكانت امرأته كبيرة يستطيع أن يتزوج أخرى ، أو يطلقها ، اما المراة فانها لا خلاص ، ولا مناص من أن تبقى على حالها ، فكان الاحتياط لها عند الانشاء .

ولم تكن الصيغة هنا محكمة كالصيغة فى قانون سوريا ، كما أسلفنا ، والحق أن تترك الحرية للزوجين ، وأن يتأكد القضاء من سلامة الاختيار بالنسبة للمراة ، ولم يكن ثمة اكراه ، بل كانت المصلحة هى الباعثة ، وحرية الاختيار قائمة .

المعمول به فى ليبيـــا والجزائر

لم يدون بعد قانون للأحوال الشخصية فى ليبيا فيما نعلم ، وكذلك الجزائر ، والمذهب السائد فيهما هو المذهب المالكى ، فهو المعمول به فى الأحوال الشخصية ، والله تعالى هو الموفق .

الولاية الاجبـــــارية

وهو الولاية التى لا يكون للمولى عليه اختيار فيها ، فلا يؤخذ رأيه فى الزوج ، ولا فى المهر ، ولا فى شيء مما يتعلق بذلك ، وهى تثبت على غير العقــلاء ، وعلى الصـــغار .

ويختلف مدى الاجبار باختلاف الآراء المذهبية : فمنهم من وسع مدى الاجبار ، وجعله لكل الاولياء ، ومنهم من ضيق مدى الاجبار ، ومنهم من جعل أمر الاجبار كله للولى ، ومنهم من جعل بعض أمره للقضاء على ما هو مبين فى المذهب ، وفى القوانين العربية التى اقتبست منها ما بين مضيق وموســـع .

واوسع المذاهب فى معنى الاجبار المذهب الحنفى ، فقد جعله لكل الاولياء ، وجعله على كل القاصرين ، لا فرق بين صغير ومجنون ، وقد كان هو الأصل فى اكثر البلاد العربية ، ولذلك نبتدىء ببيانه ، ثم نعرج بالاشارة الى المذاهب الأخرى ، والى القوانين العربية التى اشتقت منها .

الاجبــــــار فى المـــذهب الحنفى

ولاية الاجبار تثبت عند الحنفية ، فتثبت على فاقد الاهلية ، وهو المجنون والمعتوه ، والصبى غير المميز ، والمجنونة والمعتوهة ، كما تثبت على ناقص الأهلية ، وهو الصبى غير المميز ، والمعتوه غير المميز ، عند الفقهاء الذين قسموا المعتوه الى قسمين مميز وغير مميز وتثبت الولاية الاجبارية على هؤلاء بسبب تصورهم ، فهى تثبت عليهم لمــا فيهم من ضعف ، وللاحتيــاط لهم ولــكيلا تفوتهم مصلحة بسبب قصــور عقلهم .

فالصغير ، والصغيرة تثبت عليهما الولاية الاجبارية بسبب الصغر ، اذ الصغر هو سبب العجز ، والعجز هو الذى وجدت الولاية لسد نقصه ، وذلك متفق عليه بين الفقهاء ، الحنفية وغيرهم ، أما الصغيرة فقد قال بعض الفقهاء على ما سنبين ان علة ثبوت الولاية عليها هو البكارة ، فما دامت قائمة فولاية الاجبار ثابتة على ما سنبين فى المذهب الشافعى والمالكى ان شاء الله تعــالى .

ولذلك تنتهى الولاية الاجبارية بالنسبة للصغير أو الصغيرة بمجرد بلوغهما ، وتكون ثمة ولاية الاستحباب أو ولاية الشركة عند بعض أئمة المذهب الحنفى ، كالامام محمد بن الحسن ، ورواية عن الامام أبى يوسف .

ولا تثبت الولاية الاجبارية بعد البلوغ لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « تستأمر النساء فى ابضاعهن » فقالت عائشة رضى الله عنها : « ان البكر تستحى يا رسول الله » فقال عليه السلام « اذنها صمتها » ، ولانه بالبلوغ تثبت الولاية المالية لها ، وللصغير ، فتزول عنها ولاية الاجبار ، ولقد قال ابن القيم فى هذا المقام وهو حنبلى يؤيد ذلك النظر : « ان البكر البالغة العاقلة الرشيدة ، لا يتصرف ابوها فى اقل شىء من ملكها الا برضاها ، ولا يجبرها على اخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز ان يزفها بغير رضاها ، الى من يريد ، وهى من أكره الناس له ، وهو ابغض شىء اليها ، ومع هذا ينكحها اياه قهرا ، ويجعلها اسيرة عنده » .

من له ولاية الاجبار فى المذهب الحنفى :

ولاية الاجبار تثبت عند الحنفية لكل الاولياء من العصبات فقط عند ابى يوسف ومحمد ، ولكل الاقارب عند ابى حنيفة ، وقد بينا كل ذلك عند الكلام فى الأولياء فلا نكرره هنا .

ونتكلم هنا فى ثلاثة مواضع : هى غيبة الولى ، وامتناعه ، ومراتب الأولياء واثر اختلاف المراتب .

١ ـــ غيبة الولى

نبتدىء بالكلام فى غيبة الولى ، فقد تبين عند الكلام على الأولياء انهم مرتبون ، وكل ولى اقرب يحجب من بعده عن الولاية كما يحجبه من الميراث ، فالاخ يحجب ابن الأخ ، والعم يحجب ابن العم على ما علم فى ترتيب الولاية وترتيب الميراث .

فاذا غاب الولى القريب غيبة يخشى منها فوات الكفء ، اذا انتظر حضوره او استطلع رايه ، فقد قال ابو حنيفة واصحابه ان الولاية تنتقل الى من يليه فى الدرجة ، وذلك لان الولاية ثابتة للولى البعيد ، كما هى ثابتة للولى القريب ، ولكن قدم القريب ، لانه اولى ، فاذا تعذر عليه تولى العقد زالت اولويته ، فصار لمن يليه الحق فى التزويج بولايته هو ، لا بقيامه مقامه ، وانما زالت اولوية القريب بغيبته ، لأن تقديمه كان لانه اوفر شفقة ، فيكون اشد حرصا على المصلحة من غيره ، وبغيبته تفوت المصلحة اذا انتظر ، فالسبب الذى قدمه هو الذى يجعل للحاضر سلطانا بغيبته . وانما لم تثبت ولاية القاضى ، لانه لا ظلم حتى يرفع اليه امره ، وهنا ولى قائم فهو يسبق السلطان فى الولاية اذ السلطان ولى من لا ولى لــه . .

واذا ثبتت ولاية التزويج للحاضر اذا غاب من هو اقرب منه . فهل تزول ولاية الغائب الاقرب؟ قال بعض المشايخ : تزول ولاية الغائب ، لأن الولاية تثبت لأجل المصلحة ، والغيبة جعلت الأقرب غير منتفع به ، فلا تبقى ولايته ، اذ لو بقيت ولايته لأدى الى بعض الفساد ، لانه ربما يزوج وهو غائب ، والحاضر يزوج ايضا ، فيفسد أحد العقدين لا محالة ، ولا ثمرة فى بقاء الولاية والذين قالوا هذا من المشايخ اكثر عددا . ومؤدى كلامهم أن الغيبة ازالت الولاية اذ لا فائدة منها .

وقال بعض المشايخ أن ولاية الغائب تستمر ، وما احدثته الغيبة انها ازالت الاولوية ، وجعلت الحاضر فى مرتبة الغائب ، ويصيران فى درجة واحدة ، ويكون ذلك نظير ما اذا كان الوليان فى درجة واحدة ، وقوة قرابة واحدة ويكون ثمة انتفاع للمولى عليه ، اذ لا يفوته الانتفاع بولاية الحاضر الذى يجعل حضوره أكثر مراقبة للأمر ، ولا يفوت الانتفاع بولاية الغائب الأقرب الذى تجعله شفقته الزائدة اكثر حرصا على المصلحة .

٢ ــ امتناع الولى عن التزويج

وننتقل الى الموضع الثانى ، وهو امتناع الولى عن التزويج من غير حق ، كأن يكون المولى عليه مجنونا أو مجنونة ، واثبت الطب أن فى الزواج علاجا ، او ثبت أن المصلحة فى الزواج ، ووجد من يقبل الزواج ، ولكن امتنع الولى ، وكان امتناعه بغير سبب شرعى ، أو أى مبرر ، فان الولاية تنتقل الى القاضى ، وان لم يذكر فى مرسومه ان له ولاية التزويج ، ولكن يشترط الا يعزله ولى الأمر عن مثل ذلك بتخصيصه اياه بغيره ، وذلك لأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء لقوله صلى الله عليه وسلم : « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » وان ذلك الامتناع لا يقل عن الاشتجار بل لايخلو من اشتجار الاولياء عليه ، اذ لا يمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء ولو كانوا دونه . ولأن الامتناع من غير مبرر شرعى ــ يعد ظلما ، وولاية رفع المظالم الى القاضى ، فهو الذى يتولى بالنيابة عن الولى الممتنع ، كمن يمتنع عن القيام بأمر واجب عليه أن يؤديه ، ويؤدى الامتناع الى ظلم ، فان القاضى يتولى الواجب بالنيابة عنه اذا تعين ذلك طريقا لرفع الظلم ، الا ترى أن القاضى يبيع مال المدين لسداد دينه اذا امتنع عن البيع والسداد ، او على الاقل يكرهه على البيع ، لأن ذلك هو السبيل لرفع الظلم .

ولان القاضى اذا تولى العقد يكون عقده نيابه عن الولى العاضل ، (اى الممتنع ظلما) يعد عقده فى قوة عقد ذلك الولى ، فان كان الولى هو الاب كان عقد القاضى فى قوة عقده ، واذا كان هو الاخ كان فى قوة عقده وهكذا ، وقد قالوا : انما يعد الولى ممتنعا بغير حق اذا امتنع عن تزويج الكفء وكان بمهر المثل .

٣ ــ مراتب الأولياء فى الولاية الاجبارية

الاساس فى ثبوت ولاية الاجبار يتكون من أمرين :

اولهما ــ الشفقة الدافعة الى الحرص على مصلحة المولى عليه ، ورعاية امره فى حال قصره . **والثانى** ــ حسن الراى ، وتخير اوجه النفع .

فاذا توافر هذان الأمران كاملين من غير شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة ، وكان العقد لازما يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر ولا يقيد الشارع ذلك الولى باى قيد من القيود ، فلا يتقيد بكفاءة ، ولا بمهر المثل .

أما اذا نقص أحد هذين الأمرين بأن يكون الولى غير كامل الشفقة ، أو غير حسن الراى والتدبير ، فان الولاية لا تكون كاملة فلا تشمل كل الاحوال ، ولا تكون مطلقة من كل القيود ، بل تكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة .

وعلى ذلك قسم الحنفية الأولياء الى ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى :

الاب والجد والابن الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار ، ولم يشتهروا بالمجانة والفسق ، وهؤلاء اذا عقدوا فالعقد صحيح لازم لا يدخله خيار بلوغ بالنسبة للصغار ، ولا خيار افاقة بالنسبة للمجانين ، ويصح العقد ويلزم سواء اكان الزواج من كفء أو غير كفء وبمهر المثل أو اقل أو اكثر . بما لايتغابن فيه الناس ، أو بما يتغابنون . وذلك لأن وفور شفقة هؤلاء وعدم اشتهارهم بما يتنافى مع حسن الرأى ورعاية المصلحة يغنى عما عداه من القيود .

هذا راى ابى حنيفة . وراى الصاحبين أنه لا بد من التقيد بالكفاءة ومهر المثل ، اذ لا بد من التقيد بالمصلحة الظاهرة وذلك لأن هذه الولاية

للمصلحة ، ولا مصلحة ظاهرة فى نقصان المهر عن مهر المثل ، أو عـدم الكفاءة . وقد اتفقا مع شيخهما على ان العقد يكون لازما لا يدخله خيار ، بل موضع الخلاف هو فى التقيد بالكفاءة ومهر المثل او عدم التقيد .

ووجهة أبى حنيفة فى رايه ان الأب والجد والابن موفورو الشفقة ينظر كل واحد منهم الى مصلحة المولى عليه بقدر ما ينظر لمصلحته نفسـه ، ويقدم على الزواج من غير كفء ، وبدون مهر المثل ، لاعتبارات اخرى كالأخلاق ، وما يرجى من حسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ، وغير ذلك من المعانى المقصودة فى الزواج ، وغير هؤلاء ليس فيهم هذه الشفقة .

المرتبة الثانية :

الأب والجد والابن الذين عرفوا بسوء الاختيار ، أو اشتهروا بالمجانة والفسق ، وقد اتفق ابو حنيفة واصحابه على انه لا يجوز تزويج واحد من هؤلاء الا من كفء وبمهر المثل ، فان زوج من غير كفء او باقل من مهرالمثل لم يجز ، ولكناختلفت عبارات الكتب فى فساد العقد ، فعبارة ابن عابدين انه لا ينعقد فاسدا ، ولكن يكون للمولى عليه ابطاله بعد زوال سبب القصر ولكن جاء فى « البحر » ما نصه : « قد وقع فى اكثر الفتاوى فى هذه المسألة أن النكاح باطل فظاهر انه لم ينعقـد ، وفى الظهيرية يفرق بينهما ، ولم يقل باطل وهو الحق » .

واذا زوج بالكفاءة ومهر المثل صح العقد ، وكان لازما ، وليس فيه خيار بلوغ أو افاقة ، والتقييد بالكفاءة لابد منه ، سواء أكان المولى عليه ذكرا أم كان انثى ، لأن هؤلاء ان توافرت شفقتهم لم يعرف حسن رأيهم ، بل ساء تدبيرهم ، واشتهروا بذلك ، فكانت الولاية ناقصة ، فدرىء النقص بالمصلحة الظاهرة .

وقد قالوا : ان هذه الحال تكون اذا كان الأب أو الجد أو الابن مشهورا بسوء الاختيار والفسق ، فان لم يكن مشهورا لا يبطل اذا كان بغير الكفء كما بينا ، اذا زوج وهو مشهور بسوء الراى ثم اشتهر من بعد ذلك ، فالزواج الذى عقد قبل هذه الشهرة صحيح من غير اشتراط كفاءة أو مهر المثل ، وما يجىء بعد ذلك يكون مقيدا بهما .

المرتبة الثالثة :

بقية العصبات ، وهؤلاء شفقتهم ليست كاملة ، لأن قربتهم قرابة الحواشى ، وليست من حيث القرب والشفقة كقرابة الولادة ، وقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على انه فى هذه المرتبة لا يصح الزواج الا بالكفاءة ومهر المثل ، فلا يصح باقل من مهر المثل ان كان المولى عليها انثى ، ولا يصح باكثر من مهر المثل ، اذا كان المولى عليه ذكرا ، وذلك لأن نقص الشفقة اقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة ، اذ لا يمكـــن الاعتمـــاد على المقاصد المصلحية غير الظاهرة لعدم وفور الشفقة .

خيار البلوغ وخيار الافاقة :

ومع أن الولاية تثبت مقيدة بالكفاءة ومهر المثل ، فانه اذا صح العقد لا يكون لازما بالنسبة للقاصر ، بل له الفسخ اذا زال سبب القصر ، فان كان سبب القصر الصغر ، فله الفسخ **بخيار البلوغ** ، وان كان سبب القصر الجنون فله الفسخ **بخيار الافاقة** اذا استفاق .

ولذلك جاء فى فتح القدير : « غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل ، جاز اذا كان جنونه مطبقا ، فان أفاق فلا خيار له واذا زوجه اخوه فله الخيار » .

وكان ثبوت الخيار بعد زوال القصر ، لان عقد الزواج عقد مستمر تكون آثاره مستمرة ، ولا يصح أن يلزم بهذه الآثار المستمرة من لم يتول العقد بنفسه ، ولا من يعد مثل نفسه بل اشد غيرة ، وهو الاب والجد والابن احيانا ، ولذا كان له الحق فى النظر من جديد فى شأنه بعد زوال قصده ، فان رضى ببقائه استمر ، وان لم يرض نقضه القاضى بطلبه .

ثبوت خيار البلوغ وخيار الافاقة :

وثبوت خيار البلوغ او الافاقة اى حق الفسخ عند زوال سبب القصر هو راى ابى حنيفة ومحمد وابى يوسف فى قوله الأول ، أما قوله الاخير فالنكاح من غير الأب والجد والابن بعد تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل يكون لازما ، ولا خيار فيه يجيز فسخه بعد زوال سبب القصر وذلك لان الشارع أقام الولى نائبا عن القاصر فكأن القاصر هو الذى عقده ، ولا يصح نقض ما قام به نائبه الذى كان كشخصه ، ولأن العقد كان فيه

مصلحة ظاهرة واقر الشارع تنفيذه لهذه المصلحة ، فلا يصح أن يفسخ بعد اقرار الشارع له ، واعتبار وجه المصلحة فيه ، اذ اثبات الخيار انما يكون لدفع الضرر ، ولقد قرر الشارع انه لا ضرر فيه بما احتاط من قيود ، وبتنفيذه لأحكام العقد .

وقد احتج الطرفان بأن النبى صلى الله عليه وسلم اثبت الخيار لابنة عمه حمزة لما زوجها من ابن ابى سلمة ، وقد وردت آثار فى ثبوت الخيار عن الصحابة رضى الله تعالى عنهم اجمعين ، وبأن هناك اضرارا خفية معنوية من سوء العشرة ، او جفاف الطبع ، وهذه اضرار لها مكانها فى عقد الزواج ولا تضمن ملاحظتها من غير الاب والجد والابن ، لذلك كان للقاصر بعد زوال القصر ان يلاحظها بنفسه ، فيعطى حق طلب الفسخ ، ان وجد ضررا من هذا النوع .

ويجدر بنا التنبيه الى امرين هما موضع نظر :

الامر الأول : ولاية القاضى ايثبت فيها خيار بعد زوال سبب القصر ؟ لقد قسم ابن عابدين ولاية القاضى الى قسمين :

١ — ولاية يتولاها القاضى باعتباره ولى الزواج ، وهذه آخر المراتب ، وهذه يثبت فيها خيار البلوغ او الافاقة .

٢ — ما يتولاه القاضى من عقود زواج رفعا لظلم امتناع الولى من التزويج من غير مبرر شرعى ، وقد استظهر ابن عابدين فى هذا القسم أن تتبع قوة ولاية الولى العاضل الذى قام مقامه ، فان كان الممتنع الاب اوالجد اوالابن فلا خيار ، وان كان العاضل غير هؤلاء ثبت الخيار .

الامر الثانى : الذى جرى فيه النظر — اذا زوجت الام (وهذا جائز عند ابى حنيفة . ايثبت الخيار بعد زوال القصر ام لا ؟ عن ابى حنيفة فى ذلك روايتان :

الأولى : وهى الاصح أن الخيار يثبت ، لان ولايتها تلى مرتبة العصبات من الحواشى ، وهؤلاء يثبت فى ولايتهم الخيار ، فأولى أن يثبت لها ، اذ ولايتهم اقوى ، ولانها ان كانت موفورة الشفقة الى اقصى حد من تدبيرها غير كامل ، فلم تكن ولايتها كاملة .

الثانية : وهى غير الراجحة ، ان الخيار لا يثبت لوفور الشفقة الى

اقصى حدودها ، فتتوافر وجوه المصلحة الظاهرة والباطنة فلا حاجة الى الخيار من بعــد .

الفسخ اذا ثبت الخيار :

واذا ثبت الخيار بالبلوغ أو الافاقة لا يتم الفسخ الا بشرطين :

١ ـ الا يظهر بعد زوال القصر ما يدل على الرضا بالزواج واسقاط الخيــــار .

٢ ـ الطلب من القاضى ، ولا يتم الفسخ الا بحكــم القاضى ، وقبل أن يحكم القاضى بالفسخ الزواج قائم ، وحقوقه ثابتة فتجب الطاعة ولا يسقط اى حق من حقوق الزوجية ولو مات احدهما قبل الحكم ورثه الآخر ، ولو كان هو طالب الفسخ وذلك لسببين :

اولهما ـ ان حق الفسخ بخيــار الادراك (اى خيــار البلـــوغ أو الافاقة) حق ضعيف ، وكان ثبوته موضع خلاف بين الفقهاء ، فاحتاج فى تمامه الى حكم القاضى ، ليرفع الخلاف .

ثانيهما ـ ان النكاح اوجد حقوقا شرعية قائمة على اساس شرعى صحيح ، وكل حق أو ملك ثبت بأصل شرعى لا يزول الا بالتراضى او بحكم القاضى فكان لا بد من حكم القضاء ، ولو مات احدهما قبل الحكم تقـــرر العقد ، ولم يعد ثمة سبب لفســـخه ، فتثبت الأحكام من عـــدة ونسب وميراث .

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ ، لا لثبوت أصل الاختيار ، ولذلك كان عمل القاضى هو التحرى من انه لم يحصل رضا بالعقد بعد زوال القصر ، ويقضى برفض الطلب ان تبين انه حصل رضا بالعقد ، ويقضى بالفسخ ان لم يكن قد حصل رضا ، ولم يحدث ما يبطل الخيار .

ويبطل الخيار بالرضا صراحة بالعقد او دلالة ، فالرضا صراحة مثل اخترت النكاح او رضيت بالزواج واجزائه ونحو ذلك من العبارات المعلنة للرضـــا .

واما الرضا دلالة ، فهو كل قول او فعل يدل على اختيار دوام النكاح ، ومنه سكوت البكر عقب البلوغ اذا علمت بالزواج والبلوغ والزوج والمهر ، لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها ، اذا اعلمها الولى بالزواج والمهر

ليستشيرها ، فى انشاء الزواج ، فأولى ان يكون دليل الرضا بعقد موجود ثابت لان الرضا فى الانشاء الزم من الرضا فى الابقاء ، ومن الرضا دلالة الدخول بعد البلوغ ، وطلبها تقرير المهر والنفقة .

والبلوغ او الافاقة سبب الخيار ، ولكن العلم بالنكاح شرط لبطلان الخيار بالسكوت ، فاذا سكتت البكر غير عالمة بالنكاح ، فان السكوت لا يعتبر رضـــا .

ويلاحظ ان سكوت البنت بعد البلوغ او الافاقة ، وكذلك سكوت الغلام لا يعـــد رضا .

هذا وان الرضا انما يعتبر مسقطا للخيار اذا كان بعد البلوغ ، لأن الاسقاط لأمر شرعى لا يكون الا بعد وجوده ، وقبل البلوغ أو الافاقة لم يوجد الخيار فلا ترد عليه المسقطات ، فالرضا أو الفسخ قبل البلوغ أو الافاقة لا قيمة له ولا اعتبار ، بل هو لغـــو .

* * *

الاجبار فى المذهب المالكى

ولاية الاجبار فى المذهب المالكى ، لا تثبت الا للأب ووصى الأب ولا تثبت لاحد غيرهما ، فلا ولاية لكل العصبات ، كما انه ليس للحاكم ولاية اجبار على الصغير والصغيرة فى ذلك المذهب .

وتثبت الولاية فى مذهب مالك على من يأتى :

اولا ــ على الصغير ، وتزول ، اذا بلغ ، لأن السبب فيها هو الصغر وببلوغه يزول السبب فتزول الولاية .

ثانيا ــ على البكر ، سواء اكانت صغيرة أم كانت كبيرة ، وذلك لأن علة الولاية ابتداء هى الصغر والبكارة ، وكلاهما يكون علة كاملة ، فاذا زال الصغر ، فان البكارة تبقى بعده موجبة الولاية ، اذ ان المرأة مهما تكن ما دامت لم تتعرف احوال الرجال ، فانها لا تستطيع القيام بشئون الزواج وحدها ، واذا كانت بكرا ، فان جهلها بشئون الزواج أشـــد ، ويكون لوليها اجبارها فيه . وخصوصا ان الولى هو الاب ، والوصى الذى اختاره الأب ، على انه كشخصه يختار مثل اختياره .

ولذا زوجت الصغيرة ، ثم مات زوجها او طلقت ، وزالت بكارتها ، فانها ليس لوليها ان يزوجها ، ومؤدى ذلك انها جربت تزويج الولى ، وهى صغيرة ، فلا تجرى عليها التجربة حتى تبلغ ويكون لها راى مكتمل تشارك وليهـا فى أمر الزواج .

وما دامت المراة بكرا . فوليها يجبرها ، حتى تعنس ، وذلك ببلوغها الثلاثين ، وقيل ببلوغها الثالثة والثلاثين ، واذا مات الأب من غير وصى فما دامت صغيرة فلا ولاية عليها ، فاذا بلغت شاركت وليها فى اختيار زوجها .

وتعد الفتاة بكرا ، ما دام لم يدخل بها زوجها دخولا حقيقيا ، ولـم ترخ الأستار بينهما لمدة سنة ، ويختلى بها فاذا لم يختل بها ولم يكن دخول ، فانها تستمر بكرا ، وتأخذ حكم الابكار .

ثالثا ـــ تثبت ولاية الاجبار ايضا **على المراة** سواء أكانت بكرا ام كانت ثيبا اذا خيف عليها ، ولم ترد ان تتزوج ، فانها تجبرعلى الزواج ، ولكن لا يكون المجبر هو الاب . بل يكون المجبر هو القاضى ، لتكون فى عصمة زوج يمنعها من الفساد ، ولابد ان يكون كفؤا لها وبمهر المثل .

رابعا ـــ تثبت **على المجنون والمجنونة** اذا ثبت ان الزواج يكـون فى مصلحتهما ، ويتولى الاجبار القاضى ، ولا يتولاه الأب ولا وصيه ، لان ولاية الأب تكون على الصغار والابكار ، ولا تتجاوزهما ، فاذا بلغ الغلام ، او صارت المراة ثيبا زالت ولاية الأب الاجبارية ، واصبحت الـولاية الاجبارية تقوم على المصلحة الظاهرة ، والذى يتولاها هو القضاء ، ولا يتولاها الولى الأصـلى .



الاجبار فى المذهب الشافعى

المذهب الشافعى يتقارب فى الاجبار من المذهب المالكى ، فهو يثبت الولاية للأب والجد على الصغير ، ويكون لهما ولاية الاجبار ، ولا تثبت ولاية الاجبار الا على الآتين :

اولا ـــ الصغير : وسبب الولاية هو الصغر فاذا بلغ النكاح زالت عنه الولاية فى النكاح ، واصبح من حقه أن يزوج نفسـه ، وأن ينفـرد بالزواج ، ولا احد يجبره على زواج لم يرده .

ثانيا ــ على البكر سواء أكانت صغيرة أم كانت كبيرة ، ولم يجيء فى كتب الشافعية ما يثبت الولاية على البكر الى سن معينة لأن البكارة هى السبب فتبقى الولاية ما بقيت البكارة .

واذا زوجت الفتاة ، وهى بكر ، ثم كان افتراق بعد الدخول بها ، صارت ثيبا ، فانها لا تزوج ، لأن ولاية الاجبار قد زالت عنها . وهى لا تصلح عبارتها لأن تنشىء عقدا ، ولا رأى لها فى اختيار زوج ، لانها ما زالت صغيرة ، ولذلك تنتظر حتى تستأمر .

ولا تعد الخلوة كالدخول كما هو فى المذاهب الأخرى ، ولا يعد ارخاء الأستار معطيا للبكر حكم الثيب كما قرر الامام مالك رضى الله عنه ، ولا تجبر الثيب لخشية الفساد ، كالصورة التى ذكرت فى المذهب المالكى .

ثالثا ــ يجبر المجنون على الزواج ، وتثبت عليه ولاية الاجبــار .

رابعا ــ تثبت الولاية الاجبــارية **على المجنون والمجنونة** اذا ثبتت الحاجة الى النكاح بالدليل ، كأن يقول طبيب عادل فى المجنونة الثيب انها تشفى من علتها اذا تزوجت ، أو يكون المجنون يدور وراء النساء ، أو يقول طبيب عادل أن الزواج دواء له ، وفى هذه الحال يتولى الاجبار الحاكم ، اذا لم يكن لهما اب او جد .

ومؤدى ذلك أن ولاية الأب والجد عند الشافعى لا تتجاوز الصغار والابكار من النساء ولم يثبت الشافعية حق التزويج الاجبارى الا فى الحدود الســابقة .

الاجبار فى المذهب الحنبلى

المذهب الحنبلى كالمذهب المالكى اثبت ولاية الاجبار للأب ووصيه فقط ، ولكنه اشترط فى الوصى الذى يكون له ولاية الاجبار أن يكون الأب قد عين له الزوج ، وقد ذكرنا ذلك فى باب الأولياء ، وبينا وجهته ، والآن نتكلم فيمن تثبت عليهم ولاية الاجبار ، وهم :

أولا ــ الصغير ، فان ولاية الاجبار تثبت عليه ، وسببها الصغر ، وتزول بالبلوغ الطبيعى ، لأن الحكم يدور مع سببه وجودا وعــدما ، وحيث كان البلوغ فقد زال السبب ، فيزول الاجبار ، بل تزول ولايــة التزويج باطلاق .

ثانيا — البكر ، وقد اتفق فيه على جواز اجبار البكر الصغيرة ، للاتفاق على ان الصغر سبب الولاية ، وموضع الاختلاف بين الفقهاء هو كون البكارة سببا فى الاجبار .

اختلاف الروايات فى المذهب الحنبلى :

وقد اختلفت الرواية فى المذهب الحنبلى فى ثبوت ولاية الاجبار على البكر الكبيرة :

الرواية الأولى : تذكر ان له اجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة ، وهو مذهب مالك والشافعي كما ذكرنا ، وهو المروى عن ابن ابى ليلى من فقهاء العراق . **والرواية الثانية** — ان الأب ووصيه ليس لأحدهما اجبارها ، واختاره ابو بكر وهومذهب الاوزاعى والثورى وابى ثور ، وفقهاء العراق كما اسلفنا ، وحجة هذه الرواية ما روينا من قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » ولما روى من ان جارية بكرا أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فشكت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم .

وحجة الرواية الاولى ما ذكرنا فى الرواية السابقة من ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الأيم احق من وليها والبكر تستأذن ، واذنها صمتها » ، وقد استنبط منها الدليل على اجبار البكر ابن قدامة فى المغنى فقال : « فلما قسم النساء قسمين واثبت الحق لأحدهما — دل على نفيه عن الآخر ، وهو قسم البكر ، فيكون وليها احق منها بها . دل الحديث على الاستئمار هناك والاستئذان مستحب فى حديثهم ... » ويعلل الاحاديث التى منعت الاجبار واوجبت التخيير بأن الزواج كان من غير كفء .

ثالثا — تثبت ولاية الاجبار على المجنونة والمجنون ، فاذا كانت المجنونة بكرا فان تزويجها يكون من الأب ووصيه ، إذ يملك الاجبار . لانه ان ملك اجبارها مع عقلها فمع عدمه اولى .

وأما الثيب المجنونة ، والمجنون البالغ ، فان اجبارهما يجوز اذا كان الولى هو الأب أو وصيه ، وذلك لان سبب ثبوت الولاية هو العجز ، ونقد العقل هو العجز المطلق الذى لا عجز اعلى منه .

اذا كان الولى هو الحاكم :

واذا لم يكن عصبات ، وكان الولى هو الحاكم ، فقد اختلف النظر على وجهين فى المذهب الحنفى :

احدهما ـ ليس للحاكم ولاية التزويج ، لأن هذه ولاية اجبار ولاتثبت لغير الأب .

ثانيهما ـ ان ولاية التزويج اذا خيف الفساد ، او وجدت الحاجة الى الزواج ، لدفع الضرر ، وللصيانة عن الفجور ، ويقول ابن قدامة فى المجنونة « وينبغى تزويجها اذا قال اهل الطب ، ان علتها تزول بتزويجها ، لأن ذلك من اعظم مصالحها » ومثل ذلك المجنون ، لان هذه أعظم مصلحة .

واذا كان للمجنون او المجنونة اولياء من العصبات غير الحاكم وليس فيهم الأب ، فقد قال بعض الحنابلة لا يزوجها غير الحاكم لان العصبات غير الأب ليست لهم ولاية الاجبار على ذلك المذهب ، فهى مسلوبة عنهم ، واذا وجدت حاجة الى الاجبار يتولاها الحاكم ، لانه ولى من لا ولى له .

وقال بعض آخر من الحنابلة ان الولاية تكون لهم ، وذلك لأن ولايتهم مقدمة على ولاية القاضى فى حالة الولاية الاختيارية ، فيقدمون عليه هنا ايضا ، ولانهم اشفق وارفق ، ولانهم أصحاب الولاية على نفس المجنونة والمجنون فيما يتعلق بالحفظ والصيانة ، فتكون له فيما يتعلق بالتزويج .

اشتراط الكفاءة فى ولاية الاجبار :

وبالنسبة للكفاءة ايشترط فى ولاية الاجبار الكفاءة ، أم لا يشترط ؟ قد ذكرنا المذهب الحنفى فى ذلك ، والمذهب المالكى يوجبها ، وهى محصورة فى التدين على ما بينا ، وكذلك بالنسبة للحاكم عند الجميع فى المذهب الحنبلى .

اما بالنسبة للأب فقد روى عن أحمد روايتان :

احداهما : انه لا يجوز تزويجها من غير كفء ولا تزويجه من غير كفء اذا ثبتت عليه ولاية الاجبار ، لأنه عقد للمولى بغير اذنه ، فلا بد ان يكون له حظ فيه ظاهرا ، والمصلحة فيه بينة ، كبيعه عقاره ، فلايجوز اذا كان بغبن فاحش ، ولاحاجة لبيعه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عن

المولى عليه بحكم الشرع . فلا يكون تصرفه الا بما فيه حظ له ، كالوكيل اذا اطلقت وكالته ، وعلى هـذه الرواية لا ينعقـد العقـد .

والرواية الثانية : أن العقد يصح ، لأن نقصان الكفاءة عيب في محل العقد ، والعيب لا يمنع الصحة . وهناك تأويلات أخرى لهذه الرواية قد ذكرها صاحب المغنى بقوله : « يحتمل الا يصح النكاح اذا علم أن الزوج ليس بكفء ، ويصح اذا لم يعلم ، لأنه اذا علم حرم عليه العقد ، فبطل لتحريمه بخلاف ما لم يعلمه ، كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه ، ويحتمل ان يصح نكاح الكبيرة ، لأنه يمكن استدراك الضرر باثبات الخيار لهـا فتفسخ ان كرهت ، وان لم تفسخ كان كاجازتها واذنها ، بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته ، فان كانت كبيرة فلهـا الخيار ، ولا خيار لابيها ، ان كان عالمـا ، لانه أسقط حقه برضاه ، وان كانت صغيرة فعليه الفسخ ، ولا يسقط برضاه ، لأن ما يفسخ لحظها وحقها لا يسقط برضاه ، ويحتمل الا يكون له الفسخ ، ولكن يمنع الدخول عليهـا ، حتى تبلـغ وتختار ، وان كان لها ولى غير الأب فلها الفسخ . فلا يحل له تزويجها من غير كفء ولا من معيب ، لأن الله تعالى أقامه ناظرا لها ، فيما لها فيه الحظ ، ومتصرفا لها لعجزها عن التصرف في نفسها ، فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه كما في مالها ولأنه اذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا مصلحة فيه ، ففي نفسه أولى » (١) . ويستفاد من هذا النص أمور أربعة :

١ — أن الأب يزوج ابنته البكر بغير رضاها ، ولكن على رواية عن أحمد لا يصح العقد ، لأنها ولاية للمصلحة ، ولا مصلحة في اجبارها على الزواج من غير كفء .

٢ — أن الكبيرة البكر اذا زوجت من غير كفء كان لها أن تختار نفسها وتطلب فسخ العقد ، وبذلك فهموا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم « والبكر تستأذن » . ورويت في ذلك الآثار بالتخيير اذا اعترضت على العقد قبل الدخول ، فان العقد يفسخ ، وذلك معقول في ذاته ، لأن البكر ولو أنها تجبر بمقتضى أحكام ذلك المذهب لها الاعتراض ما دامت بالغة عاقلة يمكن أن يكون لها وجهة نظر فيمن يزوجها أبوها اياه ، فلا تكون كما مهملا ، لا ارادة له ، ولا يستمع اليه ، والفرق بينها وبين الثيب من حيث الاختيار والاجبار أن الثيب لا يبت في الزواج باشتراكها في الرأى ، فرأيها مقدم على انشاء العقد ، أما البكر ، فرأيها ليس مقـدما على العقد ، بل لها الاعتراض ان وقع بغير كفء . ومن جهة أخرى فان اعتراض الكبيرة البكر في دائرة ضيقة ، وهي نقصان الكفاءة ، أما الثيب

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٨٩ طبعة المنار الثانية .

فحقها فى الاختيار ثابت ولو كان ابوها يختار لها كفؤا لا يفرض عليها .

٣ — انه فى بعض الأقوال ان الولى له ان يفسخ عقد الصغيرة اذا عقد بغير كفء ، ولو كان عالمـا بنقصان الكفاءة من قبل ، لأن الكفاءة ليست حقه وحده ، بحيث تسقط برضاه ، بل هى حق الشرع ، وحق الصغيرة فلا تسقط باسقاطه .

٤ — ان هناك رأيا فى ذلك المذهب المتسع الآفاق ان الصغيرة البكر اذا زوجها ابوها بغير كفء بولاية الاجبار ليس للأب الفسخ ، ولكـن لا يدخل بها الزوج ، حتى تبلغ وتخير فى أمر زواجها منه ، وان ذلك قريب مما قرره أبو حنيفة ومحمد مما سموه خيار البلوغ الذى شرحناه آنفا .



فى المذاهب الاسلامية الأخـرى

ان المذاهب الاسلامية الأخرى من **شيعة امامية ، وزيدية وخوارج** قد بينت آراؤها مما اسلفنا من قول عند الكلام فى الأولياء ، وهى لا تخرج عن مجموع ما تقرر فى مذاهب الامصار تخالف بعضها ولا تخالفكلها ، واحيانا يكون فيها قولان متقابلان ، وكل واحد منهما قول فى مذهب ، فمثلا البكر اذا بلغت : فى المذهب الامامى قولان :

— احدهما ان لهـا ولاية تزويج نفسها من غير رأى وليها ، وفى رأى آخر يجبرها وليها ما دامت بكرا ، كالمذاهب الثلاثة . أحمد ، والشافعى ومالك رضى الله عنهم .

ولنتجه ، وقد طال بنا القول ، الى القوانين العربية او المعمول به فيهـا .

فى السـودان

قلنا ان المذهب المالكى هو المعمول بـه فى باب الـولاية بمقتضى المنشورين رقم ٣٥ ، ٥٤ ، وقد جاء فى المنشور رقم ٣٥ — أن الاجبار يكون على من يأتى :

١ — الصغيرة بكرا كانت او ثيبا ، وفى الثيب خولف المذهب المالكى على ما هو مقـرر .

٢ — ان البكر البالغ تكون عليها ولاية الاجبار حتى تبلغ الثالثة والثلاثين ، وقد الغى ذلك فى المنشور رقم ٥٤ وقد نصت المادة ٣٠ — من ذلك المنشور الثانى على ذلك .

٣ — الكبيرة الثيب اذا ظهر فسادها ، وعجز وليها عن صونها ، يجبرها ابوها على الزواج ، اما غيره من الاولياء فيرفع امرها الى القاضى ، فان زوجها بلا رفع مضى .

٤ — القاصرة التى ليس لها ولى مجبر لا يزوجها الولى ، الا اذا خيف فساد حالها بفقر او زنى ، او عدم حاضن شرعى .

ولقد جاء فى ملحقات المنشور رقم ٥٤ مبدأ اجتماعى قيم ، وذلك المبدأ هو ان الولى اذا كانت تجب عليه نفقة موليته وترك الانفاق عليها مع وجوبه شرعا سواء اكان مجبرا أم غير مجبر سقطت ولايته ، وتزوج المراة بولاية اقرب الاولياء اليها شرعا ، فان امتنع وكلت غيره ممن تشاء ، وقد جاءت النشرة الصادرة يوم ١٥ يوليه سنة ١٩٥٩ فوضحت مقدار المدة التى اذا لم ينفق فيها الولى سقطت ولايته ، وهى ستة أشهر فاكثر .

وان ذلك المبدأ حسن جيد ، اذ ان علاقة الولى بالمولى عليها مكونة من واجب وحق ، ولا يثبت الحق من غير ثبوت الواجب . وانه يظهر من هذا ان المعمول به فى السودان هو مذهب مالك فى الولاية الاجبارية والاختيارية مع التعديل بما يناسب الزمان ، ويقرب من روح العصر من غير ان تخلع الربقة .

وعلى ذلك ، يكون حكم زواج المجنون كمذهب مالك ، وهو ان يتولاه الحاكم ، اذا كانت مصلحة ظاهرة .

فى القانون العراقى

منع القانون العراقى زواج الصغار ، وذلك هو مذهب عثمان البتى وعبد الرحمن بن شبرمة ، وابو بكر الاصم ، فلا زواج قبل بلوغ السن الطبيعى ، وهو بلوغ النكاح ، بل لازواج قبل بلوغ الثامنة عشرة ، سواء أكان ذكرا أم كان انثى ، واذا طلب احدهما الزواج لا يلتفت الى قوله ، اذا لم يبلغ السادسة عشرة ، وان ثبتت حاجتهما الى الزواج اذن القاضى بعد موافقة الولى الشرعى ، والمريض بجنون لا بد لزواجه من تحقيق

المصلحة الظاهرة ، وقد نصت على ذلك المواد السابعة ، والثامنة ، والتاسعة : « المادة (٧) : ١ ـ يشترط فى اهلية الزواج البلوغ والعقل .

٢ ـ للقاضى ان يأذن بزواج احد الزوجين المريض عقليا اذا ثبت بتقرير طبى ان زواجه لا يضر بالمجتمع ، وانه فى مصلحته الشخصية اذا قبل الزوج الآخر الزواج قبولا صريحا . ـ المادة (٨) وتكمل اهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة .

المادة (٩) اذا ادعى المراهق او المراهقة البلوغ بعد اكمال السادسة عشرة ، وطلبا الزواج فللقاضى ان يأذن به اذا تبين صدق دعواهما ، وقابليتهما بعد موافقة الولى الشرعى ، فان امتنع الولى طلب القاضى منه موافقته خلال مدة يعينها ، فان لم يعترض ، او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضى بالزواج . »

وعلى ذلك فليس فى الزواج فى القانون ولاية اجبار الا بالنسبة للمرضى مرضا عقليا .

فى القانون الاردنى

والقانون الاردنى كالعراقى فى منع زواج الصغار ، فقد منع الزواج قبل بلوغ النكاح ، بل بلوغ الغلام الثامنة عشرة ، والصغيرة بعد السابعة عشرة ، ومن طلب منهما الزواج قبل ذلك ، وكان قد بلغ الخامسة عشرة ، ووافق الولى فان القاضى يأذن بالزواج . وقد بينا الولاية الاجبارية فى ذلك القانون ، وقد نصت على ذلك المادة الخامسة .

ولم يكن فى القانون الأردنى ولاية اجبار بالنسبة للصغير والصغيرة ، ولا بسبب البكارة ، لأن اهلية الزواج شرطها بلوغ الثامنة عشرة للغلام ، والسابعة عشرة للجارية . وانما تكون ولاية الاجبار بالنسبة للمجنون والمعتوه ، وتكون للأولياء المنصوص عليهم فى ذلك القانون ، وقد بيناهم .

فى القانون السورى

منع القانون السورى زواج الصغار قبل البلوغ الطبيعى ، فاشترطت المادة الخامسة عشرة لأهلية الزواج بلوغ الثامنة عشرة للغلام ، والسابعة عشرة للفتاة ، كالقانون الأردنى ، وكلاهما مشتق من قانون حقوق العائلة العثمانى ، ونص على انه اذا طلب المراهق البالغ

خمس عشرة سنة والمراهقة البالغة الثالثة عشرة سنة الاذن لهما بالزواج واذا وافق الولى يأذن القاضى اذا تبين صدقهما ، وقوة احتمال جسمهما ، وعلى ذلك لا توجد ولاية اجبار بسبب البكارة فى ذلك القانون كما نصت المـادة المتممة للعشرين . والاجبار يكون للمجنون والمعتوه والمجنونة والمعتوهة ، ويلاحظ ان كل زواج لا بد فيه من اذن الجهة الادارية .

فى القانون التونسى

اثبت القانون التونسى منع زواج الصغار ، ولم يجز الزواج قبل الثامنة عشرة للصغير ، وقبل الخامسة عشرة للصغيرة ، وان الـولاية الاختيارية تثبت بين هذه السن ، وبين بلوغ العشرين ، والزواج قبل بلوغ السن السابقة لايجوز الا بطلب يوافق عليه الولى او يأذن به القاضى ، وبشرط ان يثبت البلوغ الطبيعى فى الحالين . ولا ولاية اجبارية فى القانون التونسى ، وبذلك خالف المذهب المالكى . ولكن ولاية الاجبار تثبت على المجنون باذن الحاكم وولايته كما هو مذهب مالك .

فى القانون المغربى

لم يجز القانون المغربى زواج الصغار ، وحدود السن فيه كحدود القانون السورى ، بيد انه يوجب ولاية الاختيار فيما بين السن المقررة ، وبلوغ سن الرشد ، كالقانون التونسى . وتثبت ولاية الاجبار فى القانون المغربى فى الحالتين الآتيتين :

أحداهما — اذا خيف على المراة الفساد فللقاضى الحق فى اجبارها حتى تكون فى عصمة رجل كفء يقوم عليها .

الثانية — بالنسبة للمجنون والمجنونة والمعتوهة والمعتوه ، فقد نص على جواز اجبارهما من القضاء ، وذلك ما نص عليه الفصل السـابع ، وهذا نصــه :

« للقاضى الاذن فى زواج المجنون او المعتوه اذا ثبت بتقرير هيئة من اطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد فى علاجه ، واطلع الطرف الآخر على ذلك ، ورضى به » .

وعلى ذلك لا اجبار بسبب الصغر ، ولا اجبار بسبب البكـارة ، فالبكر البالغة السن المحددة كالثيب تخير ، والولاية عليها ولاية اختيار .

فى مشروع القانون المصرى

القضاء المصرى فيما يتعلق بالولاية يسير على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، وما نص عليه فى القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ، والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ولقد جاء المشروع بمبدأ يلغى الولاية الاجبارية بسبب الصغر ، وهو منع زواج الصغار ، وقد جعل ولاية المجنون والمعتوه تئول الى المحكمة ، اذ لا تكون الا باذنها ، وهذا نص المادة ١٩ من المشروع :

(أ) يشترط فى اهلية الزواج البلوغ ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ . (ب) يمنع تزويج المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى الا باذن من المحكمة ، والمرجع فى ثبوت الجنون او العته الى المحكمة ، ولها أن تستعين برأى الخبراء من الأطباء . (جـ) ولا يصح زواج المكره والسكران .

* * *

اما بعد فهذا ما تم لنا تصنيفه فى باب الولاية على النفس بمعونة الله تعالى وتوفيقه فنحمده سبحانه وتعالى على هذه النعمة ، ونضرع اليه جلت قدرته أن يكون دائما فى عوننا ، الحمد لله الذى هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ؟

محمد ابو زهرة

الصفحة

مقدمة المؤلف	٣
تمهيـــد	٥
مقام الشريعة فى حماية الضعفاء والنشء	٥
الولايات التى وجدت عن الانسان	٦
الحضانة ومشاركتها للولاية على النفس	٦
جناح الاحداث ــ الاحكام والاجزاءات واثرها	٧ــ٨
الطلاق ومقدار الزوجات	٨
كثرة الاولاد تمنع الطلاق	١٠
التنبيه الى ثلاثة أمور	١١
اسباب الولاية على النفس	١٥
الصـــغر	١٦
ولاية التعليم والتأديب	١٨
راى ابى حنيفة	٢٠
راى المؤلف	٢١
حفظ الصغير وصيانته	٢٢
المحافظة على المال لمن تكون ؟ ــ منع الصغير من الاعتداء	٢٤
تعزيز الصـــغير	٢٦
ثبوت التعزيز ومداه وحدوده	٢٦
تأديب الصغار فى القوانين المصرية ــ قانون العقوبات والشريعة	٢٧ــ٢٨
تطور الأحكام بتطور القوانين	٢٩
القانون الأخـــير	٢٩
الجنون ــ حقيقة الجنون	٣٢
تعدد الآفات العقلية ــ الجنون المطبق وغير المطبق	٣٤ــ٣٥
عمل الولى على النفس ــ ليس للولى التأديب	٣٥ــ٣٦
المطالبة بعقوبة المعتدى ــ عقوبات المجنون	٣٦ــ٣٧
١ ــ وجوب العقوبات فى نفسه أو ماله	٣٧
٢ ــ مسؤولية الولى بالنسبة لمـــا يقع مع المجنون	٣٩
لا تعزيز على المجنون ولكن يحجز	٤٠
الانوثة ــ سبب الولاية على الانثى	٤٢
الرجال قوامون على النســـاء	٤٣
زمن الولاية على النفس	٤٥
البلوغ ــ البلوغ بالحلم والبلوغ بالسن ــ بالنسبة للصغير	٤٦
بالنسبة للصغيرة ــ البلوغ الطبيعى ــ الاختلاف فى سن البلوغ الطبيعى	٤٦ــ٤٧
اثر البلوغ فى رفع الولاية على النفس	٤٨
سن البلوغ فى البلاد العربية ــ القانون اللبنانى	٤٩
القانون السورى	٥٠

القانون الاردنى ٥٣
القانون العراقى ٥٤
قانون تونس ٥٦
الظهير المغربى ٥٧
فى البلاد العربية التى لم يوجد فيها تقنين ٥٨
القانون المصرى — منع سماع الدعوى لمن دون سن القانون ٥٩
العقوبات المترتبة ٦٠
مشروع قانون الاحوال الشخصية ٦١
انتهاء الولاية على المجنون — الافاقة كيف تكون ؟ ٦٥
العلة فى الولاية — ثبوت الولاية فى الجنون العارض ٦٦
قوانين البلاد العربية ٦٧
انتهاء الولاية فى الانوثة ٧١
بالنسبة للحفظ والصيانة — بالنسبة للزواج ٧١
الأولياء على النفس ومراتبهم وشروطهم ٧٣
الولاية والاولياء عند الحنفية — ثبوت الولاية للعصبات ٧٣
ثبوتها لبقية الاقارب ٨٤
ترجيح رأى ابى حنفية ٧٥
الأولياء عند غير الحنفية ٧٦
الترتيب بين الاولياء فى المذهب الحنفى ٧٧
مذهب مالك ٨٠
فى المذهب الشافعى ٨١
فى المذهب الحنبلى ٨٢
اختلاف الروايات عن الامام أحمد ٨٣
ملاحظتان على ما جاء بالمذهب الحنبلى ٨٦
انتقال الولاية الى السلطان ٨٦
مسألتان فى المذهب الحنبلى ٧٨
اذا لم يكن سلطان ولا عصبة ٨٩
المذهب الاثنا عشرى ٩٠
المذهب الزيدى ٩١
الأولياء فى المذهب الزيدى ٩١
عند الظاهرية ٩٢
عند الاباضية ٩٤
فى مشروع القانون المصرى — الولى فى قانون البلاد العربية ٩٧
شروط الولى ٩٩
ستة شروط يجب توافرها فى الولى ٩٩
القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ١٠٢
ولاية التزويج ١٠٨
الولاية الاختيارية والاقوال المختلفة فيها ١٠٨

حجة من يشترطون الولى ويصححون العقد بصيغتها ١١٣
اذا زوجت نفسها من غير كفء ١١٤
الكفاءة ١١٦
اصل معناها ــ راى ابى حنيفة واصحابه ــ الكفاءة فى النسب ١١٦
الكفاءة فى الاسلام ١١٧
الكفاءة فى الحرية ١١٨
الكفاءة فى المال ١١٩
الكفاءة فى التدين ــ الكفاءة فى الحرفة ١٢٠
الرأى الذى ينفى الكفاءة ١٢١
راى المالكية فى الكفاءة ١٢١
راى الشافعية فى الكفاءة ١٢٢
راى الحنابلة فى الكفاءة ١٢٣
الولاية الاختيارية فى الزواج والكفاءة ١٢٥
اشتراط كفاءة الرجل وعدم اشتراط كفاءة المرأة ١٢٥
من له حق الاعتراض ١٢٦
المعمول به فى مصر بالنسبة للكفاءة ــ المعمول به فى السودان ١٢٧ــ١٢٨
المعمول به فى العراق ــ المعمول به فى الاردن ١٣٠ــ١٣١
المعمول به فى سوريا ــ المعمول به فى تونس ١٣٣ــ١٣٤
المعمول به فى المغرب ــ المعمول به فى ليبيا والجزائر ١٣٦ــ١٣٨
الولاية الاجبارية ١٣٩
الاجبار فى المذهب الحنفى ١٣٩
من له ولاية الاجبار ١٤٠
١ ــ غيبة الولى ١٤٠
٢ ــ امتناع الولى عن التزويج ١٤١
٣ ــ مراتب الاولياء فى الولاية الاجبارية ١٤٢
خيار البلوغ وخيار الافاقة ، وثبوتهما ١٤٤
الفسخ اذا ثبت الخيار ١٤٦
الاجبار فى المذهب المالكى ١٤٧
الاجبار فى المذهب الشافعى ١٤٨
الاجبار فى المذهب الحنبلى ــ اختلاف الروايات فى المذهب الحنبلى ١٤٩
اذا كان الولى هو الحاكم ١٥١
اشتراط الكفاءة فى ولاية الاجبار ١٥١
فى المذاهب الاسلامية الاخرى ١٥٣
القانون فى السودان ١٥٣
فى القانون العراقى ١٥٤
فى القانون الاردنى ــ فى القانون السورى ١٥٥
فى القانون التونسى ــ فى القانون المغربى ١٥٦
فى مشروع القانون المصرى ١٥٧